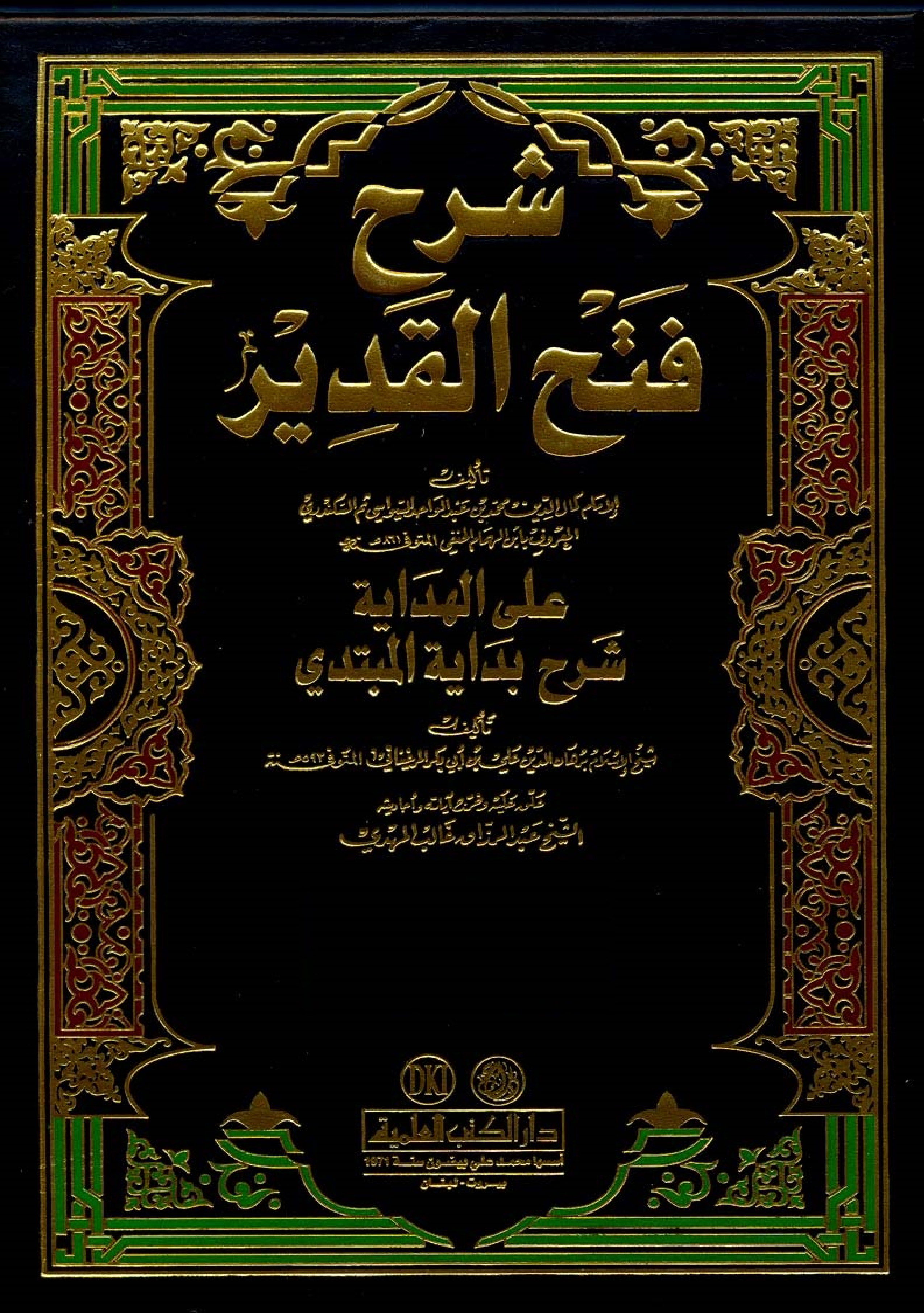

شرح
فتح القدير
تأليف
الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري
المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٨٦١ هـ
على الهداية
شرح بداية المبتدي
تأليف
شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ
علّق عليه وخرّج آياته وأحاديثه
الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي
DKI
دار الكتب العلمية
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971
بيروت - لبنان

شرح



تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري
المعروف بابن الهمام الحنفي
المتوفى سنة ٨٦١ هـ

على

الهداية شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

علق عليه وخرج آياته وأحاديثه
الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي

الجزء الخامس

يحتوي على الكتب التالية:
تتمة كتاب العتاق - الأيمان - الحدود - السرقة - السير

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

منشورات محمد علي بيضون



دار الكتب العلمية

الطبعة الأولى
٢٠٠٣م - ١٤٢٤هـ

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢/١٣ (٥ ٩٦١+)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah
Beirut - Lebanon
Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kutub Al-Ilmiyah
Beyrouth - Liban
Rami Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-4046-9



http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

باب العتق على جعل

(ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل أن يقول أنت حرّ على ألف درهم أو بألف درهم وإنما يعتق بقبوله لأنه معاوضة المال بغير المال إذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما

باب العتق على جعل

أخر هذا الباب عن أبواب العتق منجزها ومعلقها كما أخر الخلع في الطلاق لأن المال في هذين البابين من الإسقاط غير أصل، بل الأصل عدمه، فأخر ما ليس بأصل عما هو أصل، والجعل ما يجعل للإنسان على شيء يفعله، وكذا الجعيلة، ويقال الجعالة ضبط جيمها بالكسر في الصحاح، وفي غيره من غريب الحديث للقتبي وديوان الأدب للفارابي بالفتح فيكون فيه وجهان قوله: (ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل أن يقول أنت حرّ على ألف درهم أو بألف درهم أو على أن لي عليك ألفاً أو علي ألف تؤديها أو على أن تعطيني ألفاً أو على أن تجيئني بألف أو بعتك نفسك أو وهبتكها على أن تعوضني ألفاً فإنه يعتق إذا قبل، وإنما يعتق بمجرد قبوله، والولاء للمولى لأنه عتق على ملكه، وهو موجب للولاء بعوض وبلا عوض لأنه معاوضة، ومن حكم المعاوضات ثبوت الحكم بقبول العوض في

باب العتق على جعل

الجعل بالضم ما جعل للإنسان من شيء على شيء يفعله، وكذلك الجعالة بالكسر، وإنما أخر هذا الباب لكون **المال غير أصل** في باب العتق **(ومن أعتق عبده على مال)** أيّ مال كان من عروض أو حيوان أو غيرهما **(مثل أن يقول أنت حرّ على ألف درهم أو بألف درهم)** أو على أن لي عليك ألفاً أو على ألف تؤديها أو على أن تعطيني ألفاً أو على أن تجيئني بألف **(فقبل العبد عتق)** ساعة قبوله. لا يقال كلمة على للشرط فيكون العتق معلقاً بشرط أداء الألف كما لو قال إن أدّيت إليّ ألفاً لا لما قيل **إنها إنما تكون** للشرط إذا دخلت فيما يكون على خطر الوجود وذلك في الأفعال دون الأعيان لأن بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الأفعال، بل لما قيل لأن الكلام فيما إذا كان مراده التنجيز بعوض لا التعليق فكان الصارف عن الشرطية دلالة الحال **(وإنما يعتق العبد بقبوله لأنه معاوضة المال بغير المال إذ العبد لا يملك نفسه)** فقوله إذ العبد لا ملك نفسه دليل على كونه معاوضة بغير مال وهو يحتمل وجوهاً: أحدها أن العبد لا يملك نفسه من حيث المالية لأنه مال فلا يملك المال، وإذا لم يملكه كان ما بذله من العوض في مقابلة ما ليس بمال وليس بشيء لأن المولى يملكه؛ فكان ما بذله في مقابلة المال والثاني العبد لا يملك نفسه لأنه ليس بمال بالنسبة إلى نفسه لكونه مبقى على أصل الحرية بالنسبة إليه. ولهذا صح إقراره بالحدود والقصاص وغيرهما. وإذا كان كذلك سقط ملك المولى في ذاته بالإعتاق أو ببيع نفسه منه فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال، ذكر هذان **الوجهان في بعض** الشروح، وهذا أيضاً ليس بشيء لأن العبد مال بالنسبة إلى مولاه وإن لم يكن مالاً بالنسبة إلى نفسه فكان ما بذله في مقابلة مال عند

باب العتق على جعل

قوله: **(لأنه مال فلا يملك المال)** أقول: هذا لا يدل على المقصود إذ المدعي أنه لا يملك نفسه بعد أداء البدل قوله: **(وهذا أيضاً ليس بشيء)** أقول: قوله ليس بشيء ليس بشيء فإن المراد أنه لم يحصل في يده شيء من المال على ما هو الشأن في معاوضة المال بالمال، وكونه

في البيع، فإذا قبل صار حرّاً، وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به، بخلاف بدل الكتابة لأنه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف. وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان وإن كان بغير عينه لأنه معاوضة

الحال كما في البيع، وكما إذا طلقها على مال فقبلت، وهذا لأن المولى ثبت ملكه في العوض الكائن من جهة العبد بقبوله فيلزم زوال ملكه عن المعوّض، وإلا اجتمع العوضان في ملكه حكماً للمعاوضات وصار كالبيع فيشترط القبول في مجلسه ذلك إن كان حاضراً، وإن كان غائباً اعتبر مجلس علمه. فإن عتق ولزمه المال ديناً يطالب به بعد الحرية، وإن رده أو أعرض إما بالقيام أو باشتغاله بعمل آخر بطل وليس له أن يقبل بعده، وإذا صار ديناً على حر صحت الكفالة به، وعليه ما ذكر في الأصل. أعتق أمته على مال فولدت ثم ماتت ولم تترك شيئاً فليس على المولود من ذلك المال شيء لأنه ليس على الوارث من دين المورّث شيء، ولو كانت أعطته في حال حياتها كفيلاً بالمال الذي أعتقها عليه جاز لأنها حرّة مديونة، بخلاف بدل الكتابة لا تصح به الكفالة لأنه دين ثبت مع المنافى لثبوته بالشرع لضرورة حصول المعتق للعبد والبدل للمولى فيتقدر بقدره فلا يتعدى إلى الكفيل، والمنافى هو الرقّ فإنه ينفي أن يكون للمولى على مرقوقه دين، ولأن الكفالة إنما تصح بدين صحيح وهو ما لا يخرج المديون عنه إلا بأداء أو إبراء ممن له، وبدل الكتابة يسقط بدونهما بأن عجز نفسه، وكما تصح الكفالة به جاز أن يستبدل به ما شاء يداً بيد لأنه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز أن يستبدل به كالأثمان، ولا خير فيه نسيئة لأن الدين حرام قوله: **(وإطلاق لفظ المال)** أي في قوله على مال ينتظم أنواعه من النقد والمكيل والموزون والعرض والحيوان وإن كان بغير عينه بعد كونه معلوم الجنس كمائة قفيز حنطة وإن لم يقل جيدة أو صعيدية وكفرس أو حمار أو عبد لأن الجهالة يسيرة فتتحمل لأنه معاوضة مال بغير المال فشابه النكاح. وعلل المصنف كونه معاوضة بما ليس بمال بأن العبد لا يملك نفسه: يعني الحاصل له في مقابلة المال

المولى. والثالث أن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه إسقاطاً فلم يدخل به في يده شيء من المال. غاية ما يقال إنه ثبت له به قوّة شرعية وهي ليست بمال لا محالة، فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال بل ما هو قوة شرعية، وهذا أقرب منهما. وإذا ثبت أنه معاوضة فمن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع، فإذا قبل صار حراً، وإن ردّ أو أعرض عن المجلس بالقيام أو بالاشتغال بما يعلم به قطع المجلس بطل، فإذا قبل صار ما شرط ديناً عليه حتى تصح الكفالة به لأنه يسعى وهو حرّ، بخلاف بدل الكتابة حيث لا تصح به الكفالة لأنه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق، فكان ثبوته على خلاف القياس، إذ القياس ينفي أن يستوجب المولى الدين على عبده، فلما ثبت بخلاف القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة ولم يعد إلى الكفالة. وقوله: **(وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد)** يعني في قوله ومن أعتق عبده على مال. وقوله: **(فشابه النكاح)** يعني إذا شابه ذلك جاز أن يثبت الحيوان ديناً في الذمة هنا كما جاز ذلك في تلك العقود **(وكذلك الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس)** كما إذا أعتقه على مائة قفيز حنطة **(ولا يضره جهالة الوصف)** بأن لم يقل إنها جيدة أو رديئة ربيعية أو خريفية، فإن جهالة الوصف لا تمنع صحة التسمية لكونها يسيرة ولو علق عتقه بأداء المال صح لأن هذه الصيغة: أعني قوله إن أدّيت إليّ ألف درهم فأنت حرّ صيغة التعليق فيتعلق عتقه بأداء المال كالتعليق بسائر الشروط، ولهذا لا يحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يرتد بردّه، وللمولى أن يبيعه قبل الأداء كما في التعليق بسائر الشروط. وقوله: **(من غير أن يصير مكاتباً)** يعني لا تثبت أحكام المكاتبين، حتى لو مات وترك وفاء فالمال لمولاه ولا يؤدي عنه، ولو مات المولى فالعبد رقيق

مالا بالنسبة إلى مولاه لا يفيد ذلك قوله: **(والثالث أن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه إسقاطاً)** أقول: ضمير لكونه راجع إلى العقد قال المصنف: **(وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه إلخ)** أقول: قال تاج الشريعة: يريد به النوع بأن قال فرس أو حمار انتهى. يعني يريد المصنف بقوله والحيوان النوع بأن قال إلخ، لكن بقي ههنا بحث يظهر وجهه من كلام ابن الهمام في شرحه حيث قال: ويلزمه الوسط من تسمية الحيوان والثوب بعد بيان جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروي، ولو أتاه بالقيمة أجبر المولى على القبول كما هو المشهور وهو مذهب مالك وأحمد، ولو لم يسم الجنس بأن قال على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه انتهى. وأنت خبير بأن جواب هذا البحث يظهر من التأمل في كلام المصنف. ألا ترى إلى قوله إذا كان معلوم الجنس.

المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد، وكذا الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس، ولا تضره جهالة الوصف لأنها يسيرة قال: (ولو علق عتقه بأداء المال صح وصار مأذوناً) وذلك مثل أن يقول إن أديت

ليس مالاً لأن نفسه بالنسبة إليه ليس مالاً لأنه مبقى على أصل الحرية بالنسبة إلى نفسه حتى صح إقراره بالحدود والدين وإن تأخر عنه إلى الحرية، وكذا الخلع والصلح عن دم العمد، وفيها يغتفر ذلك كما تقدم، ويلزمه الوسط في تسمية الحيوان والثوب بعد تسمية جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروي. ولو أتاه بالقيمة أجبر المولى على القبول كما في المشهور، وهو مذهب مالك وأحمد، ولو لم يسم الجنس بأن قال على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه. ولو أدى إليه العبد أو العرض فاستحق، إن كان بغير عينه في العقد فعلى العبد مثله وقد علمت أن القيمة في مثله مخلص، وإن كان معيناً بأن قال أعتقتك على هذا العبد أو الثوب أو بعتك نفسك بهذه الجارية فقبل وعتق وسلمه فاستحق رجع على العبد بقيمة نفسه عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يرجع بقيمة المستحق، وعلى هذا الخلاف إذا هلك قبل التسليم، وإذا كان الحكم أنه لو اشترى شيئاً بعبد الغير صح البيع فكذا هنا، إلا أن في البيع إذا لم يجز مالك العبد يفسخ العقد وهنا لا يفسخ بعد نزول العتق بالقبول. ولو اختلفا في المال جنسه أو مقداره بأن قال المولى: أعتقتك على عبد وقال العبد: على كرّ حنطة أو على ألف وقال العبد: على مائة فالقول للعبد مع يمينه، وكذا لو أنكر أصل المال كان القول له لأنه عتق باتفاقهما والمال عليه للمولى فالقول في بيانه قوله والبينة بينة المولى إما لإثبات الزيادة أو لأنه يثبت حق نفسه ببينته، ولو كان هذا الاختلاف في مسئلة التعليق بالأداء وهي التي تلي هذه المسئلة: أعني قوله إن أديت إلى ألفاً فأنت حر فالقول قول المولى مع يمينه لأن التعليق بالشرط تم به فالقول قوله في بيانه بخلاف ما قبلها فإن العبد عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما في الدين الواجب عليه، أما هنا فلا يعتق إلا بالأداء، وإنما الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق فكان القول للمولى، فإن أقاما البينة فالبينة بينة العبد، إذ لا منافاة بين البينتين لأنه يجعل كأن الأمرين كانا فأي الشرطين أتى به العبد يعتق، ولأن البينتين للإلزام، وفي بينة العبد معنى الإلزام أتم، فإنها إذا قبلت عتق العبد بأداء خمسمائة وليس في بينة المولى إلزام فإنها إذا قبلت لا يلزم العبد أداء المال هكذا، فاعرف هاتين المسئلتين. ولو قال: أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل وقال العبد: قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لأنه أقرّ بتعليق العتق بقبوله المال وهو يتم بالمولى، ولهذا يتوقف بعد المجلس إذا كان العبد غائباً. ثم العبد يدعي وجود الشرط بقبوله وزوال ملك المولى به والمولى ينكر فالقول قوله كما لو قال: قلت لك أمس: أنت حرّ إن شئت ولم تشأ، وقال العبد: بل قد شئت فالقول قول المولى، بخلاف قوله لغيره بعتك هذا الثوب أمس بألف فلم تقبل وقال الآخر بل قبلت القول للمشتري لأن القائل أقرّ بالبيع، ولا يتحقق البيع إلا بقبول المشتري فهو في قوله لم تقبل راجع عما أقر به قوله: (ولو علق عتقه بأداء المال صح وصار مأذوناً) وذلك مثل أن يقول إن أديت إليّ ألفاً فأنت حرّ، ومعنى صح قوله: أي التعليق فيستعقب مقتضاه، وهو أنه يعتق عند الأداء من غير أن يصير مكاتباً لأنه صريح في تعليق العتق بالأداء وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين في خلافية زفر، والكتابة ليست صريحاً في التعليق بل صريحة في عقد المعاوضة وصار العبد مأذوناً ضرورة الحكم الشرعي بصحة هذا التعليق واستعقابه آثاره من العتق عند الأداء، وذلك يقتضي أن يتمكن شرعاً من الاكتساب حيث علق عتقه بأداء المال، ويستلزم طلب المولى منه المال فلزم أن يجعله مأذوناً لأنه الموضوع للاكتساب في العادة وخصوصاً عادة المتحققين بصفة أنهم موالي العبيد هو التجارة لا التكدّي لأنه خسة يلحق المولى عارها، لكنه لو اكتسب منه فأدى عتق لوجود الشرط قوله: (وإن أحضر المال أجبره الحاكم على

يورث عنه مع ما في يده من أكسابه، ولو كاتب أمة فولدت ثم أدّت لم يعتق ولدها، ولو حط المال أو أبرأه المولى لم يعتق، ولو كان مكاتباً لكان الحكم على عكس ما ذكر في الجميع. وقوله: (ومراده التجارة) يعني من الترغيب في الاكتساب لأنها هي المشروعة عند الاختيار (دون التكدّي) لأنه يدنىء المرء ويخسه. وقوله: (وفي سائر الحقوق) يريد به الثمن وبدل الخلع وبدل

إليّ ألف درهم فأنت حر؛ ومعنى قوله صح أنه يعتق عند الأداء من غير أن يصير مكاتباً لأنه صريح في تعليق العتق بالأداء وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين إن شاء الله تعالى وإنما صار مأذوناً لأنه رغبه في الاكتساب بطلبه الأداء منه، ومراده التجارة دون التكدي فكان إذناً له دلالة **(وإن أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد)** ومعنى الإجبار فيه وفي سائر الحقوق أنه ينزل قابضاً بالتخلية. وقال زفر رحمه الله: لا يجبر على القبول وهو القياس لأنه تصرف يمين إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظاً، ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الأيمان لأنه لا استحقاق قبل وجود الشرط، بخلاف الكتابة لأنه معاوضة والبدل فيها واجب. ولنا أنه تعليق نظراً إلى اللفظ ومعاوضة نظراً إلى المقصود لأنه ما علق عتقه بالأداء إلا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف

قبضه وعتق العبد) ومعنى الإجبار فيه وفي سائر الحقوق من ثمن المبيع وبدل الإجارة وغيرها أن ينزل قابضاً بالتخلية بينه وبينه بأن يكون بحيث لو مدّ يده أخذه، وعلى هذا فمعنى نسبة الإجبار للحاكم أن يحكم بأنه قبض هذا إذا كان العوض صحيحاً، أما لو كان خمراً أو مجهولاً جهالة فاحشة كما لو كان قال له إن أديت إليّ كذا خمراً أو ثوباً فأنت حرّ فأدى ذلك لا جبر على قبولهما: أي لا ينزل قابضاً إلا إن أخذه مختاراً، وأما عدم العتق في قوله: إن أديت إليّ ألفاً فحججت بها فأنت حرّ لا يجبر على القبول، لأن التعليق بشيئين المال والحج فلا يعتق بمجرد المال لبطلان معنى المعاوضة، ولذا إن كان قال: إن أديت إليّ ألفاً أحج بها يجبر على القبول لأن الأداء إتمام الشرط والحج وقع مشورة. وقال زفر: لا يجبر على القبول: أي لا ينزل قابضاً بالتخلية بل إن أخذه كان قابضاً وعتق العبد. وقوله: هو القياس لأنه تصرف يمين إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظاً، ولهذا لا يتوقف صحته على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ، وإذا كان يميناً فلا إجبار على مباشرة شروط الأيمان لأنه لا استحقاق قبل الشرط بل بالشرط، ولا يجبر على أن يباشر الإنسان سبباً يوجب عليه شيئاً، بخلاف الكتابة لأنه عقد معاوضة لازمة والبدل فيها واجب على العبد فيجبر على قبضه إذا أتى به أما هنا البدل ليس واجباً على العبد فلا يلزم المولى قبوله. واعلم أن الكتابة قد تثبت بصيغة الشرط إذا حفّ بما يقتضيها كقوله إن أدّيت إليّ ألفاً كل شهر مائة فأنت حرّ فإنه يصير مكاتباً لا يجوز بيعه، كذا ذكره في الدراية مقتصراً ونسبه إلى الخزانة، والمسئلة في مبسوط شمس الأئمة. وذكر أن هذا هو المذكور في نسخ أبي سليمان، وفي نسخ أبي حفص لا يكون مكاتباً وله بيعه لأنه تعليق بشروط وهو أن يؤدّي المال عشر مرات والتعليق بشرط واحد وشروط سواء. ووجه رواية أبي سليمان أنه جعله منجماً والتنجيم من حكم الكتابة والعبرة للمعاني لا للألفاظ واستشهد لأبي حفص بما لو قال: إن أدّيت إليّ ألفاً في هذا الشهر فلم يؤده فيه وأداه في غيره لا يعتق اتفاقاً. وأجيب بأنه ليس في هذا تنجيم والمسئلة تحتمل التأمل قوله: **(ولنا أنه تعليق نظراً إلى اللفظ ومعاوضة بالنظر إلى المقصود لأنه ما علق عتقه بالأداء إلا**

الكتابة وما أشبهها. وقوله: **(أنه)** يعني المولى **(ينزل قابضاً بالتخلية)** برفع المانع سواء قبض أو لم يقبض، وليس المراد بالإجبار ما هو المفهوم منه عند الناس من الإكراه بالضرب أو الحبس، وقوله: **(إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظاً)** احتراز عن الكتابة فإنها ليست بتعليق لفظي، فإنه لو قال لعبده كاتبتك على كذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق لفظي لعدم ألفاظ الشرط فيه. وقوله: **(ولهذا لا يتوقف على قبول العبد)** توضيح لكونه تصرف يمين. وقوله: **(ولا جبر على مباشرة شروط الأيمان)** متصل بقوله لأنه تصرف يمين. وقوله: **(لأنه لا استحقاق)** تقريره: لا جبر إلا باستحقاق ولا استحقاق **(قبل وجود الشرط)** ولهذا يمكنه البيع قبل الأداء. وقوله: **(بخلاف الكتابة)** متصل بقوله إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظاً. وقوله: **(لأنه)** أي لأن عقد الكتابة **(معاوضة والبدل فيها واجب)** فكان الجبر بعد الاستحقاق **(ولنا أنه تعليق نظراً إلى اللفظ)** كما ذكرنا **(ومعاوضة نظراً إلى المقصود لأنه ما علق عتقه بالأداء إلا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضاً في الطلاق في مثل هذا اللفظ)** بأن يقول إن أدّيت إليّ ألفاً فأنت طالق **(حتى)** لو طلقها بهذه الصفة **(كان بائناً فجعلناه تعليقاً في الابتداء عملاً باللفظ ودفعاً للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء، وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الأداء دفعاً للغرور عن العبد)** فإنه ما تحمل المشقة في اكتساب المال إلا لينال شرف الحرية

الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة، ولهذا كان عوضاً في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائناً فجعلناه تعليقاً في الابتداء عملاً باللفظ ودفعاً للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء، وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الأداء دفعاً للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول، فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض. ولو أدى البعض يجبر على القبول إلا أنه لا

ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية) من جهة السيد وينال السيد المال عوضاً عنه وهو معنى المعاوضة، وقد فرض صحة هذا التصرف لتحقيق هذا الغرض شرعاً فلا بد من اعتباره معاوضة، ولذا كان عوضاً في الطلاق إذا قال: إن أدّيت إليّ ألفاً فأنت طالق حتى وقع بائناً لكن لما لم يكن المال لازماً على العبد تأخر هذا الاعتبار إلى وقت أدائه إياه، ويلزم اعتباره مكاتباً لأن ما بالضرورة يتقدّر بقدرها فيثبت ملكه لذلك قبيله ويلزم على السيد وبه يندفع الإيراد القائل فيه كيف تصح المعاوضة وكل من البدل والمبدل للمولى لأن على ما ذكر يكون المال للعبد لا للمولى. وقد أجيب بأن هذه مغالطة لأن العتق حصل للعبد. وهذا يتم إن أريد بالمبدل العتق، أما إن أريد به الإعتاق الذي هو فعله فلا، ولو حوّل تقرير الإشكال إلى أن المال ملك السيد فكيف يعتق بأدائه وإن أنزل مكاتباً كما أن المكاتب لا يعتق بأداء ما كان اكتسبه قبل الكتابة لم يقع هذا الجواب دافعاً، بخلاف ذلك الجواب فإنه يدفع الإشكال كيفما قرر. فأما ما قبل الأداء فالواجب اعتبار الشرط وإلا لتضرر السيد إذ يمتنع بيعه عليه ويصير العبد أحق بمكاسبه من سيده مع أنه لم يجب عليه أداء مال وتسري الحرية إلى المولود للأمة المعلق عتقها بالأداء، بخلاف ما لو كان عبداً لأن رقّ الولد وحريته تابعة لأمه. والحاصل أنه ثبت له جهتا التعليق والمعاوضة فوجب توفير مقتضى كلّ عليه، وعلى هذا يدور الفقه، أي على ترتيب مقتضى كل شبه عليه وتخرج المسائل المختلفة التي بعضها يقتضي اعتباره تعليقاً وبعضها يقتضي اعتباره معاوضة، إلا أنه لما تأخر اعتبار المعاوضة إلى وقت الأداء كانت أحكام الشرط أكثر من أحكام المعاوضة فلم يثبت من أحكامها إلا ما هو بعد الأداء، وهو ما إذا وجد السيد بعض المؤدّي زيوفاً فإن له أن يرجع بقدره جياداً وما كان من ضروريات المعاوضة وهو تقديم ملك العبد لما أداه وإنزاله قابضاً إذا أتاه به، وفيما قبل ذلك المعتبر جهة التعليق فكثرت آثاره بالنسبة إلى المعاوضة فلهذا خالف المعاوضة التي هي الكتابة في صور كثيرة: الأولى ما إذا مات العبد قبل الأداء وترك مالاً فهو للمولى ولا يؤدي منه عنه ويعتق[1] بخلاف الكتابة. الثانية لو مات المولى وفي يد العبد كسب كان لورثة

فيجبر على القبول. فإن قيل: لا يمكن جعله معاوضة أصلاً لأن البدل والمبدل كلاهما عند الأداء ملك للمولى، لأنه قبل الأداء عبد وهو ما في يده لمولاه. أجيب بأنه لما ثبت عند الأداء معنى الكتابة من الوجه الذي بينا ثبت شرط صحته اقتضاء وهو أن يصير

قوله: (لأن البدل والمبدل إلخ) أقول: فيه أن المبدل هو ثبوت القوة الحكمية كما سبق، وليس ذلك ملك المولى، ولا تمس الحاجة في تتميم السؤال إلى كون المبدل في ملكه بل يكفي حصوله بسببه ومن جهته فليتأمل قوله: (ملك للمولى) أقول: يعني رقبة وتصرفاً قوله: (وفيه نظر من وجهين، إلى قوله: فلا بد من إثباته) أقول: يكفي في إثباته ما ذكر المصنف ولم يتم ما عورض به لتوجه المنع إلى قوله كلاهما عند الأداء ملك المولى. وسنده أنه يجوز أن يكون ملك العبد سابقاً على الأداء بطريق الاقتضاء فيندفع النظر الثاني أيضاً، فإن مراد المجيب أنه يجوز أن تحصل الصحة مع شرطها كما لا يخفى فليتأمل قوله: (ولعل الصواب في الجواب أن يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذي ذكرتم قائم فيها) أقول: كيف يكون قائماً فيها وليس للمولى ولاية التصرف في ماله، ويجوز اشتراء شخص ماله بماله لاستفادة ولاية التصرف فيه صرح به في المرابحة والتولية وغيرهما وفي التعليق ليس كذلك قوله: (فلأن يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق أولى) أقول: فيه بحث، إذ لا كلام لأحد في صحة العتق على مال، وإنما النزاع في الإجبار على القبض، ووجود معنى التعليق فيه يمنع من الإجبار ولا يفيد الأولوية بالطريق، فالمآل إلى ما نقل عن شيخ الإسلام كما لا يخفى على أولي الأفهام قوله: (فلا بد من إثباته) أقول: يكفي في إثباته ما ذكره المصنف.

---

(١) قوله: (ويعتق) لعل صوابه ولا يعتق لعدم وجود شرط العتق وهو الأداء للمولى كذا بهامش نسخة الشيخ البحراوي.

المولى ويباع العبد بخلاف الكتابة. الثالثة لو كانت أمة فولدت ثم أدت فعتقت لم يعتق ولدها لأنه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة بخلاف الكتابة. الرابعة لو قال العبد للمولى: حطّ عني مائة فحط المولى عنه مائة وأدى تسعمائة لا يعتق بخلاف الكتابة. الخامسة لو أبرأ المولى العبد عن الألف لم يعتق، ولو أبرأ المكاتب عتق كذا ذكروها، والظاهر أنه لا موقع لها إذ الفرق بعد تحقق الإبراء في الموضعين يكون والإبراء لا يتصوّر في هذه المسئلة لأنه لا دين على العبد بخلاف الكتابة. السادسة لو باع المولى العبد ثم اشتراه أو ردّ عليه بخيار عيب ففي وجوب قبول ما يأتي به خلاف عند

أبي يوسف نعم، وعند محمد لا، ولكن لو قبضه عتق بخلاف الكتابة فإنه لا خلاف في أنه يجب أن يقبله ويعدّ قابضاً. ووجه قول محمد: إن وجوب القبول وإنزاله قابضاً كان من حكم الكتابة وقد بطلت بالبيع فلا يجب القبول، غير أنه لو قبله عتق بحكم التعليق وهو لا يبطل بالخروج عن الملك لما عرف في الأيمان بالطلاق، وقول أبي يوسف: عندي أوجه لأن الكتابة التي تطل بالبيع هي القائمة عنده. وأنت علمت أن إنزاله مكاتباً إنما هو في الانتهاء وهو ما عند أدائه فلا ينزل مكاتباً قبله بل الثابت قبله ليس إلا أحكام التعليق والبيع كان قبله ولا كتابة حينئذ معتبرة شرعاً فتبطل، وقد فرض بقاء هذه اليمين واعتبار صحتها بعد البيع فيجب ثبوت أحكامها، ومنها وجوب القبول إذا أتى بالمال. السابعة أنه يقتصر على المجلس فلا يعتق ما لم يؤد في ذلك المجلس، فلو اختلف بأن أعرض أو أخذ في عمل آخر فأدى لا يعتق بخلاف الكتابة، هذا إذا كان المذكور من أدوات الشرط لفظة إن، فإن كان لفظة متى أو إذا فلا يقتصر على المجلس. الثامنة أنه يجوز للمولى بيع العبد بعد قوله ذلك قبل أن يؤدي بخلاف المكاتب. التاسعة أن للسيد أن يأخذ ما يظفر به مما اكتسبه قبل أن يأتيه بما يؤديه بخلاف المكاتب. العاشرة أنه إذا أدى وعتق وفضل عنده مال مما اكتسبه كان للسيد فيأخذه بخلاف المكاتب. الحادية عشر لو اكتسب العبد مالاً قبل تعليق السيد فأداه بعده إليه عتق وإن كان السيد يرجع بمثله على ما سيذكر، بخلاف الكتابة لا يعتق بأدائه لأنه ملك المولى إلا أن يكون كاتبه على نفسه وماله فإنه حينئذ يصير به أحق من سيده فإذا أدى منه عتق قوله: (ولو أدى البعض يجبر على القبول إلا أنه لا يعتق) لأن شرط العتق أداء الكل ولم يوجد كما لو حطّ عنه البعض وأدى الباقي فإنه لا يعتق كما ذكرنا في المسائل لعدم الشرط، وإنما يجبر على قبوله لأنه بعض ما يجب عليه قبوله، فكما يجب قبول الكل يجب قبول بعضه، ولا خفاء في ورود منع هذه الملازمة وذلك لأن وجوب قبول الكل لأن به يتحقق شرط العتق الذي هو حق العبد، وليس أداء البعض كذلك إلا إذا كان في ضمن الكل فإنه يجب قبوله باعتبار أنه محقق للكل لا باعتبار أنه بعضه فلذا كان في هذه المسئلة خلاف، وما ذكره المصنف هو المذكور في الإيضاح. وذكر شيخ الإسلام أنه لا يجب قبوله كما ذكرنا، وذكر في شرح الطحاوي أن عدم وجوب قبوله قول أبي يوسف وأنه القياس، والاستحسان هو أن يجبر على القبول كالمكاتب، والأوجه وهو وجه الاستحسان أن وجوب قبوله البعض لدفع الضرر عن العبد لأنه قد يعجز عن أداء الكل دفعة، وما تحمل مشقة الاكتساب إلا لذلك الغرض، فلو وقفناه على تحصيل الكل ذهب تحمله كدّ سعيه خالياً عن غرضه، ومما تقدم يعلم أن السيد لو خطفه منه

العبد أحق بالمؤدي فيثبت هذا سابقاً على الأداء متى وجد الأداء وصار كما إذا كاتب عبده على نفسه وماله وكان اكتسب مالاً قبل الكتابة فإنه يصير أحق بذلك المال، حتى لو أدى ذلك عتق، كذا في النهاية وغيره منسوباً إلى مبسوط شيخ الإسلام، وفيه نظر من وجهين: أحدهما أن ثبوت معنى الكتابة هو المعارض فلا بد من إثباته. والثاني أن حصول شرط صحة الشيء عبارة لا يقتضي صحته فضلاً عن حصوله اقتضاء، ولعل الصواب في الجواب أن يقال: لما صحت الكتابة والمعنى الذي ذكرتم قائم فيها وهي معاوضة ليس فيها معنى التعليق، فلأن يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق أولى فيكون ملحقاً بالكتابة دلالة وقوله: (فعلى هذا) أي على العمل بالشبهين (يدور المعنى الفقهي وتخرج المسائل) المتعارضة: يعني أن قوله إن أدّيت إليّ ألف درهم فأنت حر

قوله: (وما ذكر في مبسوط شيخ الإسلام، إلى قوله: هو القياس) أقول: فوجه القياس تضمن الجواب عن وجه الاستحسان فيكون الأخذ به

يعتق ما لم يؤدّ الكل لعدم الشرط كما إذا حط البعض وأدى الباقي. ثم لو أدى ألفاً اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها، ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لأنه مأذون من جهته بالأداء منه، ثم الأداء في قوله إن أديت

قبل أن يأتيه به جاز ولا يحتسب له بدء من أداء المشروط قوله: (ثم لو أدى ألفاً اكتسبها قبل التعليق يعتق ويرجع المولى عليه) بمثلها، أما العتق فلوجود الشرط وهو أداء الألف حتى يعتق لو كانت ألفاً مغصوبة، إلا أنه لا يجب عليه قبول المغصوبة، وأما رجوع المولى بمثلها فلاستحقاقه إياها، وهو المراد بقول المصنف لاستحقاقها إضافة للمصدر إلى المفعول، وهو تعليل للرجوع وهذا لأنها ملكه، والعبد وإن قلنا إنه يملك ما اكتسبه عند الأداء ويصير عنده كالمكاتب لكن ذلك فيما اكتسبه بعد التعليق، وهذا يوجبه النظر في الغرض وهو أن يعتقه بأداء ألف يحدث حصولها له فيملك ما لم يكن مالكاً له، وتلك الألف ليست كذلك فيرجع بمثلها دفعاً للضرر عن المولى قوله: (ثم الأداء في قوله إن أديت يقتصر على المجلس) فلو اختلف المجلس بأن قام العبد أو أعرض أو أخذ في عمل آخر ثم أدى لا يعتق، وهذا لأنه تخيير محض، إذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت لأن إن للشرط فقط، بخلاف إذا ومتى لدلالتهما عليه لا يتوقف ففي أي وقت أدّى عتق. وعن أبي يوسف أن إن بمنزلة إذا ومتى. وقد يوجه بأن إن لما لم تدل على الوقت صار المعلق به الأداء في مطلق الوقت فيتخير فيه كالأمر المطلق عن الوقت يتخير في أي وقت شاء. ويجاب بأنه لما لم يدل على الوقت فإنما يثبت مقتضى للفعل ووقت مجلس الإيجاب حاضر متيقن فيتقيد به. ولا يخفى أن معنى كونه ضرورة الفعل أن تحقيق الفعل بدونه لا يمكن فلا يثبت مدلولاً أصلاً فإنما يثبت للفعل وقت وجوده أي وقت وجد. لا يقال: بالأداء يختلف المجلس فلا يتصور العتق بالأداء. لأنا نقول: يجب أن يستثنى مقدار الحنث كما يستثنى مقدار البرّ في حلفه لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه حتى لم يحنث بقدر شغله بنزعه فلا يتبدل المجلس بالأداء.

[فرع] قال أن أدّيتما إليّ ألفاً فأنتما حرّان فأدى أحدهما حصته لم يعتق لأن شرط العتق أداؤهما جميع المال، وجملة الشرط تقابل جملة المشروط من غير انقسام الأجزاء على الأجزاء، وإنما الانقسام في المعاوضات، ولذا لو

ألحق في بعض الأحكام بمحض التعليق وهي ما ذكرنا من مسائل القياس من تمكنه من البيع وغيره، وألحق في بعضها بالكتابة من جبر المولى على القبول، لأنه لما كان هذا اللفظ تعليقاً نظراً إلى اللفظ ومعاوضة نظراً إلى المقصود عملنا بالشبهين: شبه التعليق في حالة الابتداء وشبه المعاوضة في حالة الانتهاء، كما في الهبة بشرط العوض فإنها هبة ابتداء حتى لم تجز في المشاع، واشترط القبض في المجلس وبيع انتهاء حتى لم يتمكن الواهب من الرجوع وجرت الشفعة في العقار ويردّ بالعيب، ولو أدى البعض يجبر على القبول لأن الذي أتى به بعض تلك الجملة، فإذا ثبت الإجبار على قبول الكل ثبت في البعض كما في الكتابة، وهذه رواية الزيادات، وقيل هو استحسان. وما ذكر في مبسوط شيخ الإسلام أنه لا يجبر على قبول البعض لأن معنى الكتابة عندنا يثبت من حيث إنه عتق بما أداه إلى المولى، وإنما يعتق بأداء الجميع، فما لم يوجد أداء جميع المال لا يثبت معنى الكتابة هو القياس، إلا أنه بأداء البعض لا يعتق ما لم يؤدّ الكل لعدم الشرط، كما إذا حطّ البعض وأدى البعض الباقي، لأن الشرط وجود الجميع، فإذا لم يوجد بعضه كان كما إذا لم يوجد كله، وإذا حطّ الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط فكذلك هذا، بخلاف الكتابة لأن المال هناك واجب على المكاتب فيتحقق إبراؤه عنه سواء أبرأه عن الكل أو البعض، ولو أدى ألفاً اكتسبها قبل العتق رجع المولى عليه وعتق، أما الرجوع عليه بألف أخرى مثلها فلأن الألف التي أدّاها كانت مستحقة من جانب المولى فلا يحصل المقصود بأدائه لأن مقصوده أن يحثه على الاكتساب ليؤدي من كسبه فيملك المولى ما لم يكن في ملكه قبل هذا وهذا ليس كذلك، وأما أنه عتق فلوجود شرط الحنث لما أن كون الألف مستحقة لا يمنع كونه شرط الحنث كما لو غصب مال إنسان وأداه (ثم الأداء في قوله إن أديت يقتصر على المجلس) وهذا ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنه لا يقتصر عليه كما في التعليق بسائر الشروط. وجه الظاهر ما ذكره بقوله

أولى، ثم قوله وما ذكر مبتدأ وخبره قوله هو القياس قوله: (أجيب بأن الإذن، إلى قوله: لا يقتصر على المجلس) أقول: الاقتصار على صورة إذا ومتى لا يلائم ظاهر تقرير المصنف، فإنه وضع المسألة في إن حيث قال وذلك مثل أن يقول إن أديت إلخ.

يقتصر على المجلس لأنه تخيير، وفي قوله إذا أدّيت لا يقتصر لأنّ إذا تستعمل للوقت بمنزلة متى **(ومن قال لعبده أنت حرّ بعد موتي على ألف درهم فالقبول بعد الموت)** لإضافة الإيجاب إلى ما بعد الموت فصار كما إذا قال أنت حرّ غداً بألف درهم، بخلاف ما إذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول إليه في الحال لأن إيجاب التدبير في

أدّى أحدهما جميع الألف من عنده لم يعتق لأن الشرط أداؤهما فلا يتم بأحدهما، فإن قال المؤدي خمسمائة من عندي وخمسمائة بعث بها صاحبي لأؤديها إليك عتقاً، لأن أداء الرسول كأداء المرسل فتم الشرط وهو أداؤهما، ولو أدّى عنهما أجنبي لا يعتقان لأنه ليس أداءهما ولا ينتقل إليهما بخلاف الكتابة، وللمؤدي أن يرجع على المولى لأنه أدّى ليعتقا ولم يحصل مقصوده، فإن قال أؤديها إليك على أنهما حرّان أو على أن تعتقهما فقبل على ذلك عتقا ويرجع المؤدي بالمال على السيد. أما المعتق فلأن قبول المولى على هذا الشرط بمنزلة الإعتاق منه لهما، وأما حق الرجوع فلأن عوض العتق لا يجب على الأجنبي. ولو قال هما أمراني أن أؤديها إليك فقبلها عتقاً لأنه رسول عنهما قوله: **(ومن قال أنت حرّ بعد موتي على ألف فالقبول بعد الموت لإضافة الإيجاب إلى ما بعد الموت فصار كما إذا قال أنت حرّ غدا بألف)** فإن القبول محله الغد، وهذا لأن جواب الإيجاب في عقد المعاوضة وهو القبول إنما يعتبر في مجلسه ومجلسه وقت وجوده والإضافة تؤخر وجوده إلى وجود المضاف إليه وهو هنا ما بعد الموت، ولو أمكنت إضافة في البيع ونحوه وجب فيه أيضاً كون قبول البيع يتأخر إلى وقت وجود المضاف فيكون محل القبول ذلك؛ بخلاف ما إذا قال: أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول إليه في الحال لأنه إيجاب للتدبير في الحال إلا أنه لا يجب المال لقيام الرق في المدبر ولا يستوجب المولى على عبده ديناً صحيحاً، وإذا عتق بعد الموت لا يلزمه شيء لأنه لما لم يجب عليه عند القبول لم يجب عليه بعده، وعلى هذا لا فائدة في تعليقه بالقبول إلا ليظهر اختيار التدبير من العبد، كما لو قال: إن اخترت التدبير فأنت مدبر وصار كما إذا علق تدبيره بدخوله الدار. وأورد أن قوله: أنت مدبر على ألف هو معنى أنت حرّ بعد موتى على ألف فينبغي أن يشترط في مسئلة الكتاب القبول في الحال: أجيب بأن مسئلة الكتاب تصرف يمين من السيد لا يمكن من الرجوع، وفي الأيمان يعتبر اللفظ وليس في قوله: أنت مدبر على ألف إضافة لفظا ليكون يميناً فلا يشترط القبول بعده. وفي النهاية إنما افترق وقت القبول فاعتبر في الحال في أنت مدبر على ألف لأنه قابل الألف في التدبير بحق الحرية وحق الحرية متحقق قبل الموت واعتبر بعد الموت في أنت حرّ بعد موتي على ألف لأنه قابلها بحقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر القبول بعد الموت، ولا يخفى أن التدبير ليس معناه إلا الإعتاق المضاف إلى ما بعد الموت، وذلك هو الثابت في كل من قوله: أنت مدبر أو أنت حرّ بعد موتي بلا فرق، بل المعنى واحد دل عليه بلفظ مفرد ومركب كلفظ الحد والمحدود من نحو إنسان وحيوان ناطق، ثم يثبت حق الحرية فرعاً عن صحة تلك الإضافة التي هي التدبير، لا أن حق الحرية هو معنى التدبير ابتداء فلم يتحقق الفرق. واعلم أنه روي عن أبي حنيفة في نوادر بشر بن الوليد: إذا قال: أنت مدبر على ألف ليس له القبول الساعة وله أن يبيعه، فإذا مات المولى وهو في ملكه وقال: قبلت أداء الألف عتق، فعلى هذا استوت المسئلتان في أن القبول بعد الموت. وروي عن أبي يوسف فيها إن لم يقبل حين قال له ذلك فليس له أن يقبل بعده، وإن قبل كان مدبراً وعليه الألف إذا مات السيد. وعن أبي يوسف في

لأنه يخير العبد بين الأداء والامتناع عنه فكان كالتخيير بمشيئة العبد إذا قال أنت حرّ إن شئت. فإن قيل: قد تقدم أنه يصير مأذوناً له في التجارة فكيف يكون الأداء مقتصراً على المجلس؟ أجيب بأن الإذن يكون في صورة إذا أدّيت أو متى أديت، فإن الأداء فيهما لا يقتصر على المجلس ويجوز أن يقال لا تنافي بينهما لجواز أن يكون مأذوناً بالتجارة، ويقتصر الأداء على المجلس ويتجر فيه ويؤدي المال قبل الافتراق بالأبدان **(ومن قال لعبده أنت حرّ بعد موتي على ألف درهم فالقبول بعد الموت)** لأن هذا الكلام إضافة إيجاب حقيقة الحرية إلى ما بعد الموت، وكل ما هو كذلك يقتضي أن يكون القبول بعد الموت لئلا يقع القبول قبل الإيجاب **(فصار كما إذا قال أنت حر غداً بألف درهم)** لأنه إضافة إيجاب حقيقة الحرية إلى زمان والقبول متأخر إليه لئلا يقع قبل الإيجاب

الحال إلا أنه لا يجب المال لقيام الرق. قالوا: لا يعتق عليه في مسألة الكتاب وإن قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لأن الميت ليس بأهل للإعتاق، وهذا صحيح.

الإملاء، إذا قال: إن متّ فأنت حرّ على ألف درهم القبول على حالة الحياة لا الوفاة، فإذا قبل صح التدبير، فإذا مات عتق ولا يلزمه المال لأنه لا يلزمه وقت القبول لأنه لا يعتق بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق، فسوى بين المسئلتين في أن القبول حالة الحياة، إلا أنه اختلف كلامه فيهما في لزوم المال. وذكر السرخسي عن ابن سماعة عن محمد: لو قال: أنت مدبر على ألف فالقبول بعد الموت ليعتق فيلزمه المال، ومعلوم أنه ذكر في الجامع في مسئلة أنت حرّ بعد موتي على ألف القبول بعد الموت فقد سوى بينهما في هذه الرواية في أن القبول بعد الموت كما سوى أبو حنيفة فيما ذكرنا عنه كذلك، وحينئذ فما قيل إنهم أجمعوا أنه لو قال: أنت حرّ على ألف بعد موتي فالقبول بعد الوفاة لا يصح، إذ يجب أن يجعل قول: أبي يوسف في قوله: إذا مت فأنت حرّ على ألف أن القبول في حالة الحياة رواية في أنت حرّ بعد موتي على ألف أن القبول في حالة الحياة بل أولى لأن هناك الإيجاب معلق صريحاً بالموت ومع ذلك جعل القبول في الحال وهنا هو بالموت مضاف. ثم لا يخفى أن الأعدل هو لزوم المال على ما ذكرناه عن أبي يوسف ومحمد، لأن الظاهر من تعليقه بخصوص هذا الشرط ليس إلا حصول المال عوضاً عن العتق، وإلا لقال إن اخترت التدبير فأنت مدبر، وهذا لأن المولى ما رضي بعتقه إلا ببدل، وتعليقه بقول المال ظاهر في ذلك ولا مانع شرعي منه إذ المولى يستحق على عبده المال إذا كان بسبب العتق كما في المكاتب وإن لم يستحق عليه بسبب غيره، على أن المروى عن أبي يوسف ومحمد في المسئلة إنما هو استحقاق المال: بعد الموت السيد وحينئذ يكون حراً. فالحاصل تأخر وجوب المال إلى زمن حريته فلا يلزم ما ذكر من ثبوت الدين للسيد على عبده، والله الموفق. وأما وقوع العتق عند القبول فقال المصنف عن المشايخ لا يعتق ما لم يعتقه الورثة، وزاد غيره: أو الوصي أو القاضي إن امتنعوا، إلا أن الوارث يملك عتقه تنجيزاً وتعليقاً والوصي لا يملكه إلا تنجيزاً، فلو قال: إن دخلت الدار فأنت حرّ فدخل لا يعتق، وإذا أعتقه الوارث فولاؤه للميت لأن عتقه يقع له، ولذا لو أعتقه الوارث عن كفارة عليه لا يعتق وعلله بأن الميت ليس أهلاً للإعتاق قال وهذا صحيح وكذا قال غيره. واعترض بأن الأهلية ليست بشرط إلا عند الإضافة والتعليق، ولذا لو جُنّ بعد التعليق ثم وجد الشرط وقع الطلاق المعلق والعتاق ولذا يعتق المدبر بعد الموت، وليس التدبير إلا تعليق العتق بالموت. وأجيب بالفرق بين هذه المسئلة وتلك المسائل بأن هناك الموجود بطلان أهلية المعلق فقط وهنا الثابت هذا وزيادة في المحل وهو خروجه عن ملك المعلق إلى ملك الورثة فلم يوجد الشرط إلا وهو في ملك غيره، ولا يخفى أن هذا ليس دافعاً للسؤال، وهو أن ما علل به من فوات أهلية المعلق لا أثر له، وما ذكر من خروج المحل عن محليته عتقه إن أراد المجيب أنه جزء المانع فليس بصحيح للعلم بأن انتفاء أهلية المعلق ليس له أثر في عدم الوقوع عند الشرط، فصار الحاصل من الإيراد أنه علل بما لا أثر له. فأجاب المجيب بإبداء علة أخرى أو مانع وقال: هذا جواب هذا السؤال،

(بخلاف ما إذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول إليه في الحال لأن إيجاب التدبير في الحال) على ما سيجيء فيكون القبول كذلك (إلا أنه لا يجب المال) مع قبوله (لقيام الرق) إذ التدبير يوجب حق الحرية لا حقيقتها فيكون الرق قائماً والمولى لا يستوجب ديناً على عبده، بخلاف ما لو أعتقه على مال لأنه يثبت به حقيقة الحرية والمال يجب على الحرّ والمولى قد يستوجب مالاً على معتقه. فإن قيل: لما لم يجب المال في المدبر على الألف ما الفائدة في تعليق التدبير بالقبول؟ أجيب بأنها بيان أنه يقبل التعليق بالقبول كالطلاق والعتاق وإن لم يجب المال. وقوله: (قالوا) يعني المشايخ (لا يعتق في مسئلة الكتاب) أي الجامع الصغير وهي قوله أنت حرّ بعد موتي على ألف درهم (وإن قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث) أو الوصي أو القاضي (لأن الميت ليس بأهل للإعتاق) في ذلك الوقت. قال المصنف (وهذا) أي قولهم لأنه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث (صحيح) بناء على أنه إيجاب مضاف إلى ما بعد الموت وأهلية الموجب شرط عند الإيجاب وقد عدمت بالموت، بخلاف التدبير فإنه إيجاب في الحال والأهلية

قال: (ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: عليه قيمة خدمته أربع سنين) أما العتق فلأنه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضاً

والصواب في الجواب أن المصنف حيث علل بأن الميت ليس أهلا للإعتاق لم يبين أن عدم أهليته لذلك بسبب الموت أو غيره، ومبنى السؤال على فهم أنه الموت. ويمكن كون مراده أنه ليس أهلاً لإعتاقه لخروجه عن ملكه إلى ملك الورثة فصار أجنبياً عنه، وإنما لزم خروجه إلى ملكهم لأنه لا يعتق بمجرد الموت كالمدبر بل بعد القبول الكائن بعد الموت وإذا تأخر العتق عن الموت ولو بساعة لا يعتق إلا بعتق الورثة وصار كما لو قال: أنت حرّ بعد موتي بشهر فإنه لا يعتق إلا بعتقهم وبهذا يندفع ما أورده شارح فقال: ينبغي أن يعتق حكماً لكلام صدر من الأهل في المحل وإن كان الميت ليس أهلاً للإعتاق لما قلنا: إن الكلام صدر في حال أهليته ثم استدل على ذلك بأن القبول بعد الموت معتبر وهو فرع كون الإيجاب معتبراً بعد الموت، فلو لم يعتق بعد الموت إلا بإعتاق واحد من الورثة لم يبق معتبراً بعد الموت فلا يبقى فائدة لقوله: فالقبول بعد الموت ولا يخفى أن بعد كون الكلام حين صدوره معتبراً يشترط أن يكون في ملكه عند نزول العتق، ثم نفي الفائدة ممنوع فإن بالقبول يثبت لزوم العتق على الوارث، فإن لم يفعل أعتقه القاضي، ولم يكن لولا القبول ذلك بل يباع ويورث فكيف يقال لا فائدة له. نعم يقال إذا كان العتق لا بد منه فما السبب إلى نقله إلى ملكهم ثم أمرهم بالإعتاق إن كان بسبب أنه لا سائبة. فلو بقي في ساعة القبول بلا ملكهم لزم السائبة فلم لم يبق على ملك الميت ويجعل مثل ما هو من حوائجه وهو نفاذ إيجابه وصحته، ولهذا كان قبوله معتبراً فلا مانع من أن يبقى على حكم ملك الميت مقدار مجلس العلم بموته لأن القول لا يعتبر بعده بل يتقيد به. وما تقدم من نوادر بشر من قول أبي حنيفة، فإذا مات المولى وقال: قبلت أداء الألف عتق ظاهر في عدم تأخر عتقه إلى عتق الوارث، كما استدل به ذلك الشارح أيضاً مع أن في المسئلة خلافاً كما يفيده قول الصدر الشهيد حيث قال: ومن المتأخرين من قال: ينبغي أن لا يعتق ما لم يعتقه الورثة لأن الإعتاق من الميت لا يتصور، ثم قال: وهذا أصح فإنه يفيد بعد ثبوت الخلاف، ثم نقول العتق ما وقع إلا من الحيّ، لأن العتق بقوله: أنت حرّ المعلق أو المضاف الصادر منه حال حياته وإن كان نزول أثره بعد موته إلا أنه يبقى عليه إشكال هو لزوم أن يبقى على ملك الميت شهراً فيما إذا قال: أنت حرّ بعد موتي بشهر اعتباراً لحاجته إلى نفاذ إيجابه واعتباره، وطول المدة وقصرها لا أثر له، فإن الموجب حاجته إلى ما ذكر وهي متحققة فيهما، وسيأتي لبعضهم فرق في الباب بعده قوله: **(ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين مثلاً)** أو أقل أو أكثر **(فقبل العبد فعتق ثم مات المولى من ساعته فعليه)** أي على العبد **(قيمته عند أبي حنيفة في قوله الآخر وهو قول أبي يوسف، وفي قوله الأول وهو قول محمد عليه قيمة خدمة أربع سنين)** أما العتق فلأنه جعل الخدمة وهي معلومة إذ هي خدمة البيت

ثابتة والموت شرط والأهلية ليست بشرط عنده، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت حرّ فوجد الشرط وهو مجنون، وقد فرق بين مسألة الكتاب والتدبير بوجه آخر وهو أنه لما لم يعتق إلا بالقبول بعد الموت لم يكن العتق معلقاً بمطلق الموت، وفي مثل هذا لا يعتق إلا بإعتاق الوارث لانتقال العبد إلى ملك الوارث قبل القبول كما لو قال أنت حرّ بعد موتي بشهر، بخلاف المدبر لأن عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط إعتاق الوارث. فإن قيل: أنت مدبر على ألف درهم معناه أنت حرّ بعد موتي على ألف فيكون كمسئلة الكتاب معنى فينبغي أن يكون الإيجاب في مسئلة الكتاب في الحال حتى يشترط القبول أيضاً فيه. أجيب بأن هذا يمين من جانب المولى حتى لا يتمكن من الرجوع، وفي الأيمان يعتبر اللفظ وليس في قوله أنت مدبر على ألف إضافة الحرية إلى ما بعد الموت لفظاً فلا يشترط القبول بعده، وفي مسئلة الكتاب أضاف الحرية إلى ما بعد الموت لفظاً فيشترط القبول بعده. قال: **(ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين)** أي ومن قال لعبده أنت حرّ على أن تخدمني أربع سنين **(فقبل العبد عتق، فلو مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد** وهو قول أبي حنيفة: **الأول عليه قيمة خدمته أربع سنين**

قوله: (أجيب بأن هذا يمين إلخ) أقول التدبير ليس بيمين على ما سيجيء من المصنف الإشارة إليه، ويفصله الشارح في الدرس الآتي.

فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمة أربع سنين لأنه يصلح عوضاً فصار كما إذا أعتقه على ألف درهم، ثم إذا مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية أخرى، وهي أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة. ووجه البناء أنه كما يتعذر تسليم

المعتادة في مدة معلومة عوضاً فتعلق العتق بقبولها كما في غيره من المعاوضات لأنه صلح عوضاً لأن المنفعة أخذت حكم المال بالعقد ولذا صحت مهراً مع أنه تعالى أمر بابتغاء النكاح بالمال، ثم إذا مات العبد أو المولى قبل حصول ما عقد عليه تحقق الخلاف المذكور، وهو بناء على الخلاف في مسئلة أخرى وهي ما إذا باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت أو هلكت قبل تسليمها يرجع عليه بقيمة نفسه عندهما، وعند محمد بقيمة الجارية، وكذا لو ردت بعيب فاحش فهو على هذا الخلاف وإن كان غير فاحش فكذا عندهما، وعند محمد لا يقدر على ردها بالعيب اليسير، ووجه البناء ظاهر وإن ذكره في الكتاب، ولا يخفى أن بناء هذه على تلك ليس بأولى من عكسه، بل الخلاف فيهما معاً ابتدائي، ولم يقل أحد إنه ترجع الورثة في موت المولى بعين الخدمة. قيل: لأن الناس يتفاوتون في الاستخدام، وقيل: بل الخدمة هي المعتادة من خدمة البيت، لكن لأن الخدمة منفعة وهي لا تورث. وجه قول محمد وهو قول الشافعي وزفر: أن الجارية أو الخدمة جعلت بدل ما ليس بمال وهو العتق وقد حصل العجز عن تسليم البدل، ولا يمكن الفسخ إذ العتق لا يفسخ فتجب قيمته أو مثله لو كان مثلياً، وصار كما إذا تزوج على جارية أو خالع عليها أو صالح عن دم عمد ثم استحقت أو هلكت حيث يرجع بقيمة البدل اتفاقاً. وجه قولهما: أنها بدل ما هو مال وهو العبد وإن كان لا يملك نفسه، كما إذا اشترى عبداً أقر بحريته لا يملكه وهو معاوضة مال بمال لأن العبد مال بالنسبة إلى السيد حيث أخذ مالاً في مقابلة إخراجه مالاً عن ملكه. نعم هنا ملاحظة أخرى وهي اعتبار ما أخذ في مقابلة ما به خرج المال عن ملكه وهو تلفظه بالإعتاق، وهذا الاعتبار لا ينفي الأمر الثابت في نفس الأمر وهو خروج مال عن ملكه بذلك العوض، فصار كما إذا باع عبداً بجارية ثم استحقت إنما يرجع بقيمة العبد، بخلاف ما قيس عليه لأن مبادلة مال بما ليس بمال، ولهذا لو شهدوا بإسقاط القصاص وإبطال ملك النكاح ثم رجعوا لا يضمنون الدية وقيمة البضع. ولو شهدوا بالإعتاق ورجعوا ضمنوا، ولو خدمة سنة مثلاً ثم مات أحدهما أخذ بقيمة خدمته ثلاث سنين عند محمد، وعندهما بقيمة ثلاثة أرباع رقبته وعلى هذه النسبة قس، وعلى هذا لو أعتق ذمي عبده على خمر أو خنزير يعتق بالقبول، فإن أسلم أحدهما قبل قبضه فعندهما على العبد قيمة نفسه، وعند محمد قيمة الخمر، هذا في المعاوضة. أما لو كان قال: إن خدمتني أربع سنين أو سنة مثلاً فخدم بعضها ثم مات أحدهما لا يعتق لعدم الشرط ويباع إن كان الميت المولى، وكذا لو أعطاه مالاً عوضاً عن خدمته أو أبرأه المولى منها أو بعضها على ما تقدم، وكذا لو قال: إن خدمتني وأولادي فمات

أما العتق فلأن الخدمة في مدة معلومة جعلت عوضاً عن العتق) وكل ما جعل عوضاً عن العتق فالعتق يتعلق بقبوله لأنه الحكم في الأعواض كلها، وقد وجد القبول فنزل العتق ولزمه خدمة أربع سنين لأنه يصلح عوضاً لحدوث حكم المالية بالعقد ولهذا صلحت صداقاً مع أن الله تعالى شرع ابتغاء الأبضاع بالأموال حيث قال تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾ (فصار كما إذا أعتقه على ألف درهم، ثم إذا مات العبد فالخلافية بناء على خلافية أخرى، وهي أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي) أي مسئلة بيع نفس العبد منه بالجارية إذا استحقت (معروفة) في طريقة الخلاف، وذكر في الكتاب وجه البناء ولم يذكر وجه كل واحد من القولين ولا بأس بذكر ذلك. وجه قول محمد إن الخدمة بدل ما ليس بمال وهو العتق ولا قيمة للعتق، وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة بموته فوجب تسليم قيمتها. ووجه قولهما أن الخدمة بدل مال لأنها بدل نفس العبد لكن البدل لما تعذر تسلمه وجب تسليم المبدل وهو العبد، لكن لا يمكن تسليمه لأن العتق لا يقبل الفسخ فوجب تسليم قيمته لإمكان ذلك هذا في المبني. ولقائل أن يقول: هذا مناقض لما قال المصنف في أول الباب من أنه معاوضة مال بغير مال لأن العبد لا يملك نفسه. والجواب أن الإعتاق على مال معاوضة مال بغير مال من وجه لما ذكرنا، وشابه بذلك النكاح والطلاق وغيرهما حتى صح بأي مال كان كما تقدم، ومعاوضة مال

الجارية بالهلاك والإستحقاق يتعذر الوصول إلى الخدمة بموت العبد، وكذا بموت المولى فصار نظيرها **(ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف درهم على أن تزوّجينها ففعل فأبت أن تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر)** لأن من قال لغيره أعتق عبدك على ألف درهم عليّ ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق على المأمور، بخلاف ما إذا قال لغيره طلق امرأتك على ألف درهم عليّ ففعل حيث يجب الألف على الآمر، لأن اشتراط البدل على الأجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق

بعضهم قبل استيفاء المدة يتعذر العتق قوله: **(ومن قال لآخر أعتق جاريتك على ألف درهم على أن تزوجينها)** وفي بعض النسخ زيادة لفظ عليّ قبل على أن تزوجينها وليس في عامة النسخ، وهي أدل منه على إيجاب المال على المتكلم وإن كان كذلك مع تركها أيضاً، فإذا عتق فإما أن تزوّجه أو لا ولا يلزمها تزوّجه لأنها ملكت نفسها بالعتق، فإن لم تتزوّجه لا يجب على الآمر شيء أصلاً لأن حاصل كلامه أمره المخاطب بإعتاقه أمته وتزويجها منه على عوض ألف مشروطة عليها عنها وعن مهرها، فلما لم تتزوجه بطلت عنه حصة المهر منها، وأما حصة العتق فباطلة إذ لا يصح اشتراط بدل العتق على الأجنبي، بخلاف الخلع لأن الأجنبي فيه كالمرأة لم يحصل لها ملك ما لم تكن تملكه، بخلاف العتق فإنه يثبت للعبد فيه قوّة حكمية وهي ملك البيع والشراء والإجارة والتزويج والتزوّج وغير ذلك من الشهادات والقضاء، ولا يجب العوض إلا على من حصل له المعوّض، وإن تزوّجته قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها، فما أصاب قيمتها سقط منه، وما أصاب مهرها وجب لها عليه فإن استويا بأن كان قيمتها مائة ومهرها مائة أو كان مهرها ألفاً وقيمتها ألفاً سقط عنه خمسمائة ووجب خمسمائة عليه، وإن تفاوتا بأن كان قيمتها مائتين أو ألفين ومهرها مائة أو ألف سقط ستمائة وستة وستون وثلثان ووجب لها ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث. وقوله وقد قررناه من قبل: يعني ما ذكر في خلع الأب ابنته الصغيرة حيث قال: لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيح، لكنه لم يذكر أن اشتراط بدل العتق على الأجنبي غير صحيح قوله: **(ولو قال أعتق أمتك عني على ألف درهم)** على أن تزوّجينها وهو معنى قوله والمسئلة بحالها ففعل: أي أعتق قسمت الألف على قيمتها، ومهر مثلها على ما بيناه، فما أصاب قيمتها أداه للمأمور وما أصاب المهر سقط عنه: يعني إن لم تكن زوّجت نفسها منه، وإن زوّجت نفسها وجب لها عليه، وإنما وجب للمأمور حصة قيمته هنا لأنه لما قال: عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف في الأصول والفروع، لكنه ضم إلى رقبتها تزويجها وقابل المجموع بعوض ألف فانقسمت عليهما بالحصة، وكان هذا كمن جمع بين عبده ومدبره في البيع بألف حيث يصح البيع وينقسم على قيمتهما، فما أصاب قيمة المدبر سقط وما أصاب قيمة العبد وجب ثمناً بناء على دخول المدبر في البيع لكونه مالاً ثم خروجه باستحقاقه نفسه، ومنافع البضع وإن لم تكن مالاً لكن أخذت حكم المال لأنها متقوّمة حال الدخول وإيراد العقد عليها. فإن قيل: إذا لم يتحقق فساد هذا البيع من جهة جمع ما ليس بمال إلى ما هو مال في صفقة واحدة ينبغي أن يفسد لأنه إدخال صفقة في صفقة، وإذا فسد وجب، إما عدم وقوع العتق لأنه من جهة الآمر وهو لم يقبضها، والمبيع في البيع الفاسد لا يملك إلا بالقبض فلا عتق فيما لم يملك، وإما وجوب كل القيمة للمأمور إن اعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضاً للمولى، وإن ضعف فيكتفي به لأن القيمة حيث وجبت بالقبض في البيع الفاسد وجبت كلها أجيب بأنه بيع صحيح والنكاح وقع مندرجاً في البيع ضمناً له فلا يراعي من حيث هو مستقلاً ولا يفسد به. ولا يخفى أنه يمكن ادعاؤه في كل صفقة في صفقة فلا يتصور كونه من المفسدات. وقول المصنف لم يذكره: يعني محمداً في الجامع الصغير،

بمال من وجه بالنظر إلى مولاه وشابه بذلك بيع عبد بجارية، فإنه إذا مات العبد ووقع العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد على ما نذكره. وأما المبني عليه فوجه محمد أن هذا بدل ما ليس بمال وهو العتق، لأن بيع العبد من نفسه إعتاق وقد عجز عن إيفاء البدل، وليس للمبدل وهو العتق قيمة فيجب قيمة البدل. ووجه قولهما أن الجارية بدل نفس العبد بالعتق فيجب تسليم قيمته، كما إذا تبايعا عبداً بجارية ثم مات العبد فتفاسخا العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد. وقوله: **(وكذا بموت المولى)** يعني أن موت المولى في هذه الصورة كموت العبد فصار نظير المسئلة فيكون الحكم فيهما سواء. وقوله: **(ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف**

لا يجوز وقد قررناه من قبل (**ولو قال أعتق أمتك عني على ألف درهم والمسألة بحالها قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها، فما أصاب القيمة أداه الآمر، وما أصاب المهر بطل عنه**) لأنه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف، وإذا كان كذلك فقد قابل الألف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحاً فانقسم عليهما، ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع، فلو زوّجت نفسها منه لم يذكره. وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط في الوجه الأول وهي للمولى في الوجه الثاني، وما أصاب مهر مثلها كان مهراً لها في الوجهين.

وقوله في الوجه الأول: يعني الذي لم يذكر فيه لفظ عني، والوجه الثاني هو ما ذكر فيه، وقوله: في الوجهين يعني ما ذكر فيه عني وما لم يذكر إذا زوّجت نفسها، وقد بيناه من قبل.

درهم عليّ) لم يذكر في بعض النسخ عليّ اكتفاء بدلالة عليّ على الوجوب وذكر في بعضها للتأكيد والمسئلة ظاهرة: وقوله: (وقد قررناه من قبل) يعني في الخلع في مسألة خلع الأب ابنته الصغيرة على وجه الإشارة، والفرق أن الأجنبي في باب الطلاق كالمرأة في عدم ثبوت شيء لهما بالطلاق، إذ الثابت به سقوط ملك الزوج عنها لا غير، فكما جاز التزام المرأة بالمال فكذلك الأجنبي، بخلاف العتاق فإنه يثبت للعبد بالإعتاق قوّة حكمية لم تكن له قبل ذلك فكان المال في مقابلة ذلك، وليس الأجنبي كالعبد حيث لا يثبت به له شيء أصلاً فكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشتري فلا يجوز. وقوله: (ولو قال أعتق أمتك عني بألف درهم والمسألة بحالها) أي قال على أن تزوجينها ففعل فأبت أن تتزوّجه (قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها، فما أصاب القيمة أدّاه الآمر، وما أصاب المهر بطل عنه) والوجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح. وقوله: (على ما عرف) يعني في أصول الفقه وفيه شبهتان إحداهما أن هذا البيع فاسد لأنه بيع بما يخصها من الألف لو قسم عليها وعلى منافع بضعها وهو فاسد، ولأنه إدخال صفقة النكاح في صفقة البيع والبيع الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض ولا ملك ههنا فيجب أن لا يقع العتق إذ لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم، والثانية أن البيع إذا كان فاسداً ويجب فيه العوض تجب قيمة المبيع كاملة، والقول بما يخصه من الثمن إنما هو موجب البيع الصحيح، كما إذا جمع بين عبد ومدبر وبين عبده وعبد غيره فإن البيع صحيح في العبد بحصته من الثمن كما سيأتي. وأجاب الإمام شمس الأئمة السرخسي عن الأولى بأن الأمة تنتفع بهذا الإعتاق، فمن هذا الوجه تصير قابضة نفسها أدنى قبض، وأدنى القبض يكفي في البيع الفاسد كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة، والإمام فخر الإسلام عن الثانية بأن البيع مندرج في الإعتاق، فأخذ حكم الإعتاق في عدم الفساد بالشرط فلم يبطل البيع بشرط النكاح فيجب القول بما يخصه من الثمن. وقوله: (فلو زوجت نفسها منه) يعني في المسئلتين (لم يذكره محمد) في الجامع الصغير، وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط في الوجه الأول وهو ما إذا لم يقل فيه عني لعدم صحة الضمان وهي للمولى في الوجه الذي قال فيه عني، وما أصاب مهر مثلها كان مهراً للأمة في الوجهين.

قوله: (وقوله وقد قررناه من قبل إلخ) أقول: وقد سبق في فصل ومن ملك ذا رحم محرم أنه حوالة غير رابحة فراجع إلى الشرح، ولعل الأولى أن يجعل إشارة إلى ما ذكره في الخلع وإلى ما ذكره في ذلك الفصل، فإنه بين صحة تحمل الأجنبي بدل الطلاق في الجمع وعدم صحة تحمله بدل العتاق في الفصل فتأمل قوله: (تصير قابضة نفسها إلخ) أقول: فاعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضاً للمولى وإن ضعف.

باب التدبير

(إذا قال المولى لمملوكه إذا متّ فأنت حرّ أو أنت حرّ عن دبر مني أو أنت مدبر أو قد دبرتك فقد صار مدبراً) لأن

باب التدبير

لما فرغ من بيان العتق الواقع في حال الحياة شرع في بيان العتق الواقع بعد الموت، ووجه الترتيب ظاهر، وهذا أحسن مما قيل فيه: إنه مقيد والمقيد مركب، وهو بعد المفرد لأن مسائل باب الحلف بالعتق كله كذلك فإنها تقييد للعتق بشرط غير الموت، كما أن التدبير تقييده بشرط الموت ولم يؤخرها إلى ههنا، ثم التدبير لغة النظر في عواقب الأمور. وشرعا العتق الموقع بعد الموت في المملوك معلقاً بالموت مطلقاً لفظاً أو معنى. وشرطه الملك فلا يصح تدبير المكاتب لانتفاء حقيقة الملك عنه فإنه مالك يداً، ولا معنى في التحقيق لقولهم مالك يداً، بل الواجب أن يقال: ملكه متزلزل إذ لا شك في أنه مالك شرعاً لكنه بعرض أن يزول بتعجيزه نفسه، وغاية الأمر أن بعض آثار الملك منتف وهو لا يوجب نفي حقيقة الملك كملك الأمة المجوسية والوثنية والبلوغ والعقل فلا يصح تدبير الصبي والمجنون. وفي المبسوط: فأما السكران والمكره فتدبيرهما جائز عندنا كإعتاقهما، ولو قال العبد: أو المكاتب إذا اعتقت فكل مملوك أملكه حرّ فعتق فملك مملوكاً عتق لأنه مخاطب له قول معتبر، وقد أضاف العتق إلى ما بعد حقيقة الملك له فيصح ويكون عند وجود الملك كالمنجز له، بخلاف ما لو قال: كل مملوك أملكه إلى خمسين سنة فهو حرّ فعتق قبل ذلك فملك لا يعتق عند أبي حنيفة، وقال: يعتق، وما ذكرنا من اشتراط البلوغ والعقل هو في تدبير المالك أما الوكيل فلا. في المبسوط: لو قال لصبي أو مجنون: دبر عبدي إن شئت فدبره جاز، وهذا على المجلس لتصريحه بالمشيئة ونظيره في العتق والطلاق. وإذ قد انجرّ الكلام إلى الوكالة فهذا فرع منه. قال لرجلين: دبرا عبدي فدبره أحدهما جاز، ولو جعل أمره في التدبير إليهما بأن قال: جعلت أمره إليكما في تدبيره فدبره أحدهما لا يجوز لأنه ملكهما هذا التصرف فلا ينفرد به أحدهما، بخلاف الأول لأنه جعلهما معبرين عنه، وعبارة الواحد وعبارة المثنى سواء، ألا ترى أن له أن ينهاهما قبل أن يدبراه في هذا الفصل وليس له ذلك في جعل الأمر إليهما، كذا في المبسوط قوله: (إذا قال المولى لمملوكه إذا متّ فأنت حرّ وأنت حر عن دبر مني أو أنت مدبر أو قد دبرتك صار مدبراً) لأن هذه الألفاظ صريح في التدبير، فإنه أي التدبير إثبات العتق عن دبر. وهذه تفيد ذلك بالوضع فأفاد أن كلما أفاد إثباته عن دبر كذلك فهو صريح، وهو ثلاثة أقسام: الأول ما يكون بلفظ إضافة كبعض ما ذكرنا ومنه حررتك أو أعتقتك أو أنت حرّ أو محرر أو عتيق أو معتق بعد موتي. والثاني ما يكون بلفظ التعليق كإن متّ أو إذا متّ أو متى متّ أو حدث بي حدث أو حادث فأنت حر وتعورف الحدث والحادث في الموت، وكذا أنت حرّ مع موتي أو في موتي فإنه تعليق العتق بالموت بناء على أن مع وفي تستعار في معنى حرف الشرط، وروى هشام عن محمد إذا قال: أنت مدبر بعد موتي يصير مدبراً في الحال

باب التدبير

ذكر الإعتاق الواقع بعد الموت عقيب الإعتاق الواقع في الحياة ظاهر المناسبة. والتدبير في اللغة: هو النظر إلى عاقبة الأمر. وفي الشريعة هو إيجاب العتق الحاصل بعد موت الإنسان بألفاظ تدل عليه صريحاً كقوله دبرتك أو أنت مدبر أو دلالة كقوله إذا متّ فأنت حرّ أو أنت حرّ مع موتي أو في موتي، وكقوله أوصيت لك بنفسك أو برقبتك أو بعتقك أو بثلث مالي. وحكم

باب التدبير

قال المصنف: (لأن هذه الألفاظ صريح) أقول: يعني غير الأول أو غلب الصريح على غيره.

هذه الألفاظ صريح في التدبير فإنه إثبات العتق عن دبر (ثم لا يجوز بيعه ولاهبته ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية) كما في الكتابة. وقال الشافعي: يجوز لأنه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في

لأن المدبر اسم لمن يعتق عن دبر موته فكان هذا وأنت حرّ بعد موتي سواء، وكذا أعتقتك أو حررتك بعد موتي. والثالث ما يكون بلفظ الوصية كأوصيت لك برقبتك أو بنفسك أو بعتقك، وكذا إذا قال: أوصيت لك بثلث مالي فتدخل رقبته لأنها من ماله فيعتق ثلث رقبته. وفي الكافي: أنت حرّ أو مدبر أو عتيق يوم يموت يصير مدبراً، والمراد باليوم الوقت لأنه قرن به مالا يمتد، ولو نوى النهار فقط لا يكون مدبراً مطلقاً لجواز أن يموت ليلاً. يعني فيجوز بيعه، فإن لم يبعه حتى مات عتق كالمدبر، وإنما كانت صرائح لأنها استعملت في الشرع، كذلك قال: رسول الله ﷺ في أم الولد «فهي معتقة عن دبر منه»[1] ذكره في المبسوط، ثم توورثت بلا شبهة في هذا المعنى. ولو قال: أنت حرّ بعد موتي وموت فلان فليس بمدبر مطلق لأنه لم يتعلق عتقه بموته مطلقاً، فإن مات المولى قبل فلان لم يعتق لأن الشرط لم يتم فصار ميراثاً للورثة وكان لهم أن يبيعوه، وإن مات فلان أوّلاً يصير مدبراً مطلقاً فليس له أن يبيعه خلافاً لزفر لأنه كما لو قال: إذا كلمت فلاناً فأنت حرّ بعد موتي فكلمه أو قال: أنت حرّ بعد كلامك فلاناً أو بعد موتي فإذا كلم فلاناً صار مدبراً. ولو قال: بعد موتي إن شئت ينوي فيه، فإن نوى المشيئة الساعة فشاء العبد ساعته فهو حرّ بعد موته من الثلث لوجود شرط التدبير فيصير مدبراً، وإن نوى المشيئة بعد الموت فإذا مات المولى فشاء العبد عند موته فهو حرّ بوجود الشرط لا باعتبار التدبير. وكان الشيخ أبو بكر الرازي يقول: الصحيح أنه لا يعتق هنا إلا بإعتاق من الورثة أو الوصي بمثل ما تقدم في الباب المتقدم من أنه لما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثاً فلا يعتق بعده إلا بإعتاق منهم ويكون هذا وصية يحتاج إلى تنفيذها، كما لو قال: أعتقوه بعد موتي إن شاء وهو نظير ما لو قال: أنت حرّ بعد موتي بشهر فإنه لا يعتق إلا بإعتاق منهم بعد الشهر، نص عليه إبن سماعة في نوادره وكذا بيوم. وفي الإسبيجابي: إذا لم يعتق إلا بإعتاق الوارث أو الوصي فللوارث أن يعتقه تنجيزاً أو تعليقاً، والوصي لا يملكه إلا تنجيزاً، ولو أعتقه عن كفارته عتق عن الميت دون الكفارة، والذي ينبغي أن يفصل في التعليق فإن علقه بشرط من جهة نفسه ثم لم يفعله أو بمضي زمان طويل أو على فعل العبد وهو مما يتعذر عليه أو يتعسر لا يلزم العبد توقفه عليه، بل إن شاء رفع إلى القاضي لينجز عتقه، ثم في ظاهر الجواب يعتبر وجود المشيئة من العبد في مجلس موته أو علمه بموته كما يتقيد بهذا مشيئته في حياته بمجلس التفويض إليه إذا كان بهذا اللفظ. وعن أبي يوسف: لا يتوقف به لأنه في معنى الوصية ولا يشترط في الوصية القبول في المجلس. وفي الأصل: لو قال: بعد موتي بيوم لم يكن مدبراً وله أن يبيعه لأنه ما علقه بمطلق الموت بل بمضي يوم بعده، فإن مات لم يعتق في الوقت الذي سمى حتى يعتقه الورثة، وهذا يؤيد ما ذكر أبو بكر الرازي، ومن المشايخ من فرق بين هذه وبين الأولى فقال: إذا أخر العتق عن موته بزمان ممتدّ بيوم أو شهر وتقرر ملك الوارث في ذلك الزمان عرفنا أن مراده الأمر بإعتاقه فلا يعتق ما لم يعتقوه، وأما في مسئلة المشيئة فإنها تتصل بمشيئة العبد بموت المولى قبل تقرّر الملك للوارث فيعتق بإعتاق المولى، ولا تدعو حاجة إلى إعتاق الوارث، وهذا إن تم أشكل على ما تقدم في مسئلة أنت حرّ بعد موتي بألف، فإن زمن القبول كزمن المشيئة، فإنه يجب أن يوصل بموت المولى أو بعلمه بموته. لا

التدبير أنه لا يجوز إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية كما في الكتابة، فإذا مات وهو يخرج من الثلث عتق وإن لم يخرج عتق ثلثه

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٥١٥ والدارمي ٢٤٧٦ والدارقطني ٤/ ١٣١ والحاكم ٢/ ١٩ والبيهقي ١٠/ ٣٤٦ كلهم من حديث ابن عباس، وفيه: الحسين بن عبد الله قال البوصيري في الزوائد: الحسين تركه علي المديني وغيره اهـ وكذا أعله البيهقي به، وقال: ضعفه أكثر أصحاب الحديث اهـ وأما الحاكم فقال: صحيح الإسناد! ورده الذهبي بقوله: حسين متروك.
وسيأتي مزيداً من الكلام عليه في أول بحث الاستيلاد.

المدبر المقيد ولأن التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك. ولنا قوله ﷺ «المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حرّ من الثلث» ولأنه سبب الحرية لأن الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره؛ ثم جعله سبباً في الحال أولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت، ولأن ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية إلى زمان بطلان الأهلية، بخلاف سائر التعليقات لأن المانع من السببية قائم قبل الشرط لأنه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود،

يقال: ينبغي أن يجعل العبد في هذه المسئلة وتلك باقياً على حكم ملك الميت لحاجته إلى نفاذ إيجابه وثبوت اعتباره شرعاً، وما قدمناه من أن القبول غير معلوم يدفع بأنه وإن كان كذلك لكنه متوقع. وعلى تقدير وجوده يلزم إخراجه من ملكهم بعد الدخول واستصحاب الملك الأول أسهل من رفعه، ثم إدخاله في ملك شخص ثم إخراجه عنه فوجب أن يبقى لحاجته. ثم لا شك أن هذه المسئلة أقرب لأن العتق هنا يقع مجاناً فوجب عتقه من جهة المولى. لأنا نقول: لو صح ذلك لزم في أنت حرّ بعد موتي بيوم عدم توقفه، بل أولى لأن مجيء اليوم بعده معلوم غير مشكوك وهي من مواضع النص على أنه لا يعتق إلا بإعتاقهم قوله: (ثم لا يجوز بيعه) أي المدبر المطلق وهو الذي علق عتقه بمطلق موت المولى ولا هبته ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية بلا بدل أو بكتابة أو عتق على مال، وما سواه من التصرفات التي لا تبطل حقه في الحرية يجوز، فيجوز استخدامه وإجارته وأخذ أجرته وتزويج المدبرة ووطؤها وأخذ مهرها وأرش جناياتها، وعلله المصنف فما يأتي بقوله لأن الملك فيه ثابت، وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات، وإنما لم يكن له أن يرهنه لفوات شرط عقد الرهن وهو ثبوت يد الاستيفاء من مالية المرهون بطريق البيع، ولا مالية للمدبر كأم الولد وليس على المولى في جنايات المدبر إلا قيمة واحدة لأنه ما منع إلا رقبة واحدة، وأما ما استهلكه فدين في رقبته يسعى فيه، وعرف من هذا أن ليس للمولى دفعه بالجناية الموجبة للأرش، وفي الجناية على المدبر ما في الجناية على المماليك لأنه مملوك بعد التدبير. واستشكل على عدم جواز بيع المعلق عتقه بمطلق موت المولى ما إذا قال: كل مملوك أملكه فهو حرّ بعد موتي وله مماليك واشترى مماليك ثم مات فإنهم يعتقون فكان عتقهم معلقاً بمطلق موت السيد. ثم إنه لو باع الذين اشتراهم صح، ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق إلا عند الموت. أجيب بأن الوصية بالنسبة إلى المعدوم تعتبر يوم الموت، وبالنسبة إلى الموجود عند الإيجاب، حتى لو أوصى لولد فلان وله ثلاثة أولاد فمات واحد منهم بطل ثلث الوصية لأنها تناولتهم بعينهم فبطل بموت أحدهم حصته، ولو لم يكن له ولد فولد له ثلاثة أولاد ثم مات أحدهم ثم مات الموصي كان الكل للاثنين لأن الثالث لم يدخل في الوصية لكونهم معدومين عند الإيجاب فتناولت من يكون موجوداً عند الموت قوله: (وقال الشافعي: يجوز بيعه وهبته) للمنقول والمعنى. أما المنقول فما في الصحيحين من حديث جابر «أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دبر لم يكن له مال غيره فباعه النبي ﷺ بثمانية درهم ثم أرسل بثمنه إليه» (١).

وسعى في ثلثيه وقال الشافعي: (يجوز بيعه وهبته لأنه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات) من دخول الدار ومجيء رأس الشهر وغيرهما (وكما في المدبر المقيد) فإن ذلك جائز فيه بلا خلاف (ولأن التدبير وصية) حتى يعتبر

قال المصنف: (وكما في المدبر المقيد) أقول: سيجيء جوابه بعد اثني عشر سطراً تخميناً قوله: (ثم إما أن يكون إلخ) أقول: غير ترتيب المصنف فقدم المؤخر وأخر المقدم.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٣١ و ٢٥٣٤ و ٦٧١٦ و ٦٩٤٧ ومسلم ٩٩٧ وكرره عقب حديث ١٦٦٨ حـ ٥٨ . ٥٩ والترمذي ١٢١٩ وابن ماجه ٢٥١٣ وابن الجارود ٩٨٣ . ٩٨٤ وأبو يعلى ١٨٢٥ والشافعي ٢/ ٦٨ . ٦٩ وعبد الرزاق ١٦٦٦٢ ١٦٦٦٣ والحميدي ١٢٢٢ وأحمد ٣/ ٣٠٨ ـ ٣٦٨ . ٣٦٩ وابن حبان ٤٩٣٠ وأبو يعلى ١٨٢٥ والبغوي ٢٤٢٦ والدارمي ٢٤٧٥ والبيهقي ١٠/ ٣٠٨ . ٣٠٩ كلهم من طريق عمرو بن دينار عن جابر: «أن رجلاً من الأنصار أعتق غلاماً له عن دبر لم يكن له مال غيره، فبلغ ذلك النبي ﷺ، فقال: من يشتريه مني؟ فاشتراه نُعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم، فدفعها إليه. قال عمرو: سمعت جابر بن عبد الله يقول: عبداً قبطياً مات عام أول في خلافة ابن الزبير» هذا لفظ مسلم والبخاري في رواية، وكذا غيرهما رواه هكذا.

وأنه يضادّ وقوع الطلاق والعتاق، وأمكن تأخير السببية إلى زمان الشرط لقيام الأهلية عنده فافترقا، ولأنه وصية

وفي لفظ «أعتق رجل من الأنصار غلاماً له عن دبر وكان محتاجاً وكان عليه دين فباعه رسول الله ﷺ بثمانية دراهم فأعطاه فقال: اقض دينك وأنفق على عيالك»[1] ولحديث جابر هذا ألفاظ كثيرة. وروى أبو حنيفة بسنده «أن رسول الله ﷺ باع المدبر»[2] وفي موطإ مالك بسنده إلى عائشة أنها مرضت فتطاول مرضها فذهب بنو أخيها إلى رجل فذكروا له مرضها فقال: إنكم تخبروني عن امرأة مطبوبة، قال: فذهبوا ينظرون فإذا جارية لها سحرتها وكانت قد دبرتها فدعتها ثم سألتها ماذا أردت؟ قالت: أردت أن تموتي حتى أعتق، قالت: فإن لله عليّ أن تباعي من أشد العرب ملكة، فباعتها وأمرت بثمنها فجعل في مثلها»[3] ورواه الحاكم وقال على شرط الشيخين. والجواب أنه لا شك أن الحر كان يباع في ابتداء الإسلام على ما روي «أنه ﷺ باع رجلاً يقال له سرق في دينه، ثم نسخ ذلك بقوله تعالى ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾[4] [البقرة ٢٨٠] ذكره في الناسخ والمنسوخ، فلم يكن فيه دلالة على جواز بيعه الآن بعد النسخ،

من ثلث المال والوصية لا تمنع الموصي من التصرف بالبيع وغيره كما لو أوصى برقبته لإنسان **(ولنا قوله ﷺ «المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حرّ من الثلث»)** رواه نافع عن ابن عمر **(ولأنه)** أي التدبير **(سبب الحرية لأن الحرية تثبت بعد الموت)** فلا بد له من سبب **(ولا سبب غيره)** ثم إما أن يكون سبباً في الحال أو بعد الموت لا جائز أن يكون بعد الموت لأنه حال بطلان الأهلية فلا يمكن تأخير السببية إليه، ولأنه في الحال موجود وبعد الموت معدوم لكون كلامه عرضاً لا يبقى فتعين أن يكون سبباً في الحال: واعترض على المصنف بأن هذا الكلام مناقض لما ذكر في آخر باب العبد يعتق بعضه حيث قال: وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت. وأقول قوله: **(ثم جعله سبباً في الحال أولى)** يدل على أن جعله سبباً في الحال وإن كان المذهب عند أصحابنا ليس بمتعين، فيحمل ما ذكره هناك على غير الأولى فيندفع التناقض ويكون قد اطلع على رواية من أصحابنا أنه يجوز أن يكون سبباً بعد

قوله: **(وأقول قوله ثم جعله إلخ)** أقول: أنت خبير بأن المعتبر ما ساق إليه الدليل لا دلالة اللفظ، والدليل يدل على التعيين فيجب حمل الأولوية على الوجوب، ألا يرى إلى قوله فلا يمكن تأخير سببية إلى زمان بطلان الأهلية، ولعله إنما قال أولى ولم يقل يجب لئلا ينتقض الدليل الأول بسائر التعليقات فليتأمل، فيكون هذا الكلام من المصنف متضمناً للاعتراف بعد تمام ما قرره في الفرق بين أم الولد والمدبر وفيه ما لا يخفى قوله: **(إذ السائر بمعنى الباقي)** أقول: ولك أن تقول في باب عتق البعض السائر هنا بمعنى الجميع صرح بمجيئه بهذا المعنى الجوهري.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٦٨ حـ ٥٩ والشافعي ٢/ ٦٨ والنسائي ٧/ ٣٠٤ وابن حبان ٤٩٣٢ و ٤٩٣١ وأبو يعلى ١٩٣٢ و ٢١٦٧ والبغوي ٢٤٢٧ والبيهقي ١٠/ ٣١٢ ـ ٣٠٩ ـ ٣٠١ وأحمد ٣/ ٣٠١ والحميدي ١٢٢٢ كلهم من طريق أبي الزبير عن جابر مع تغير يسير في بعض ألفاظه. وأخرجه أبو داود ٣٩٥٧ وأحمد ٣/ ٣٠٥ وابن حبان ٤٩٣٤ كلهم من طريق أبي الزبير عن جابر بنحوه.

وأخرجه أبو داود ٣٩٥٦ وابن حبان ٤٩٣٣ والبيهقي ١٠/ ٣١١ كلهم من طريق عطاء عن جابر به.

فحديث جابر له طرق كثيرة كما ترى، وألفاظه متقاربة والقصة واحدة.

(٢) صحيح. هو في مسند أبي حنيفة ص ١٠٩ وأخرجه البخاري ٢٢٣٠ هكذا باختصار و ٢٤٠٣ والنسائي ٧/ ٣٠٤ وابن حبان ٤٩٢٩ وابن ماجه ٢٥١٢ وأحمد ٣/ ٣٠١ كلهم من طريق عطاء عن جابر بهذا اللفظ.

(٣) موقوف. أخرجه محمد بن الحسن في الموطأ ٨٤٣ من طريق مالك والحاكم ٤/ ٢١٩ من طريق يحيى بن سعيد الأنصاري كلاهما عن عمرة عن عائشة بهذا الخبر، وكذا البيهقي ١٠/ ٣١٣ وقال الحاكم: صحيح على شرطهما. وهو كما قال رجاله كلهم ثقات ومن طريق الحاكم أخرجه الدارقطني ٤/ ١٤٠.

قال محمد بن الحسن عقب روايته: أما نحن، فلا نرى أن يباع المدبر، وهو قول زيد بن ثابت وابن عمر وبه نأخذ، وهو قول أبي حنيفة وعامة فقهائنا.

(٤) حسن. أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٤/ ١٤٢ عن عبد الرحمن بن السلماء مطولاً وله قصة. ولم يذكر الآية. قال الهيثمي: فيه مسلم بن خالد الزنجي وثقة يحيى وابن حبان وضعفه جماعة. ورواه الطبراني في الكبير من طريق ابن لهيعة من وجه آخر. وحديث ابن لهيعة حسن. وبقية رجاله رجال الصحيح اهـ. وذكره ابن حجر في الإصابة ٤/ ٧١١ مع هذا الحديث وفي ٣١٢٢ وضبطه: سُرَّق.

والوصية خلافة في الحال كالوراثة وإبطال السبب لا يجوز، وفي البيع وما يضاهيه ذلك. قال: (وللمولى أن يستخدمه

وإنما يفيده استصحاب ما كان ثابتاً من جواز بيعه قبل التدبير، إذا لم يوجب التدبير زوال الرق عنه، ثم رأينا أنه صح عن ابن عمر رضي الله عنهما «لا يباع المدبر ولا يوهب وهو حرّ من ثلث المال»[1] وقد رفعه إلى رسول الله ﷺ، لكن ضعف الدارقطني رفعه وصحح وقفه. وأخرج الدارقطني أيضاً عن عليّ بن ظبيان بسنده عن ابن عمر قال: «المدبر من الثلث»[2] وضعف ابن ظبيان. والحاصل أن وقفه صحيح وضعف رفعه، فعلى تقدير الرفع لا إشكال، وعلى تقدير الوقف فقول الصحابي حينئذ لا يعارضه النص البتة لأنه واقعة حال لا عموم لها، وإنما يعارضه لو قال: ﷺ يباع المدبر. فإن قلنا بوجوب تقليده فظاهر، وعلى عدم تقليده يجب أن يحمل على السماع لأن منع بيعه على خلاف القياس لما ذكرنا أن بيعه مستصحب برقه فمنعه مع عدم زوال الرق وعدم الاختلاط بجزء المولى كما في أم الولد خلاف القياس فيحمل على السماع فبطل ما قيل حديث ابن عمر رضي الله عنه لا يصلح لمعارضة حديث جابر. وأيضاً ثبت عن أبي جعفر أنه ذكر عنده أن عطاء وطاوساً يقولان عن جابر في الذي أعتقه مولاه في عهد رسول الله ﷺ كان عتقه عن دبر فأمره أن يبيعه فيقضي دينه الحديث. فقال أبو جعفر: شهدت الحديث عن جابر «إنما أذن في بيع خدمته»[3] رواه

الموت أو اختار جوازه باجتهاده وجعل ما ذهب إليه الأصحاب أولى. فإن قيل: في التدبير تعليق، وليس في التعليق شيء من السبب ثابتاً في الحال، وإنما يكون عند وجود الشرط فما بال التدبير خالف سائر التعليقات وهو مؤدى قول الشافعي كما في سائر التعليقات؟ أجاب بقوله بخلاف سائر التعليقات لأن المانع من السببية قائم فيه قبل الشرط. واعلم أن في كلام المصنف غموضاً لا ينكشف على وجه التحصيل إلا بزيادة بيان فلا بد منها، فنقول: المانع هو ما ينتفي به الشيء مع قيام مقتضيه، وكل ما ينافي اللازم ينافي الملزوم، وإذا ظهر هذا قلنا القياس يقتضي أن تكون سائر التعليقات أسباباً في الحال لكن المانع عن السببية في الحال وهو صفة كون تصرف التعليق يميناً قائم لأن اليمين مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم، فإن المقصود من اليمين هو المنع من تحقق الشرط، وما كان مانعاً عن تحقق اللازم الذي هو الشرط كان مانعاً عن تحقق الملزوم الذي هو الحكم وهو قوع الطلاق، وإليه أشار بقوله وإنه يضادّ وقوع الطلاق والعتاق، وما كان مانعاً للحكم لا يمكن أن يكون سبباً له فصفة كون تصرف التعليق يميناً تمنع

---

(١) موقوف جيد. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٣٨ والبيهقي ١٠/ ٣١٤ كلاهما من حديث ابن عمر مرفوعاً.
وقال الدارقطني: لم يسنده غير عبيدة بن حسان، وهو ضعيف إنما هو عن ابن عمر موقوفاً، ثم قال: لا يثبت مرفوعاً ورواته ضعفاء، ونقل البيهقي كلام الدارقطني هذا موافقاً إياه، وكذا الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٨٥ فالموقوف قوي، والمرفوع، واهٍ.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٣٨ والبيهقي ١٠/ ٣١٤ وابن أبي حاتم في علله ٢٨٠٣ كلهم عن ابن عمر مرفوعاً قال ابن أبي حاتم: سئل عنه أبو زرعة، فقال: هذا حديث باطل وامتنع من قراءته.
قال ابن أبي حاتم: ورد عن ابن عمر موقوفاً.
وأخرج الدارقطني موقوفاً وكذا البيهقي: وقالا: هذا هو الصحيح. ونقل البيهقي عن الشافعي قوله: كنت أحدث به مرفوعاً، فقال لي أصحابي: ليس بمرفوع، وهو عن ابن عمر موقوف فوقفته والحفاظ يقفونه اهـ.
وعلته ضعف علي بن ظبيان ومخالفته مع ضعفه لجماعة الثقات. وانظر نصب الراية ٣/ ٢٨٥

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٣٨، ١٣٧ من طريق عبد الغفار بن القاسم عن أبي جعفر قال: ذُكر عنده أن عطاء وطاوس يقولان عن جابر... الخبر.
قال الدارقطني: عبد الغفار ضعيف، ورواه غيره عن أبي جعفر مرسلاً. ثم أسنده الدارقطني عن أبي جعفر عن النبي ﷺ: أنه باع خدمة المدبرة.
وقال الدارقطني عقبه: وأبو جعفر وإن كان من الثقات فإن حديثه مرسل.
وجاء في نصب الراية ٣/ ٢٨٦ ما ملخّصه: قال عبد الحق في أحكامه عن حديث عبد الغفار الذي رواه موصولاً: عبد الغفار هذا يرمه بالكذب، وكان غالياً في التشيع.
وأما ابن القطان فقال عن المرسل: هو صحيح لأن العرزمي ثقة وأبو جعفر ثقة اهـ.
قلت: أبو جعفر هو محمد الباقر رضي الله عنه.

ويؤاجره وإن كانت أمة وطئها وله أن يزوجها) لأن الملك فيه ثابت له وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات **(فإذا مات المولى**

الدراقطني عن عبد الغفار بن القاسم الكوفي عن أبي جعفر. وقال: أبو جعفر هذا وإن كان من الثقات الأثبات ولكن حديثه هذا مرسل. وقال ابن القطان: هو مرسل صحيح لأنه من رواية عبد الملك بن أبي سليمان العزرمي وهو ثقة عن أبي جعفر انتهى. فلو تم تضعيف عبد الغفار لم يضرّ لكن الحق عدمه [1] وإن كان متشيعاً، فقد صرح أبو جعفر وهو محمد الباقر الإمام ابن علي زين العابدين بأنه شهد حديث جابر، وأنه إنما أذن في بيع منافعه، ولا يمكن لثقة إمام ذلك إلا لعلمه بذلك من جابر راوي الحديث. وقال ابن العز: قول من قال يحمل الحديث على المدبر المقيد، أو أن المراد أنه باع خدمة العبد من باب دفع الصائل، لأنه لما اعتقد أن التدبير عقد لازم سعى في تأويل ما يخالف اعتقاده من السنة على خلاف تأويله، والنص مطلق فيجب العمل به إلا لمعارضة نص آخر يمنع من العمل بإطلاقه، وأنت إذا علمت أن الحرّ كان يباع للدين ثم نسخ، وأن قوله في الحديث باع مدبراً ليس إلا حكاية الراوي فعلاً جزئياً لا عموم لها، وأن قوله: أعتق عن دبر أو دبر أعم من المطلق، والمقيد إذ يصدق على الذي دبر مقيداً أنه أعتق عن دبر منه، وأنّ ما عن ابن

عن كونه سبباً للحكم وهو الطلاق والعتاق. فإن قلت: قد يكون اليمين يعقد للحمل كما في قول الرجل إن لم تدخل الدار فأنت طالق، وقد نص في الكتب أن اليمين تعقد للمنع أو الحمل فكيف قال: والمنع هو المقصود وإنه يقتضي الحصر عند البلغاء؟ قلت: لا يقصد باليمين إلا منع الشرط، والشرط فيما ذكرتم هو النفي والمقصود هو المنع منه ويلزمه الحمل. فإن قلت: التدبير يمين أو ليس بيمين، فإن كان يميناً وجب أن لا يكون سبباً لقيام المانع على ما قررتم، وإن لم يكن يميناً لم يستقم قوله بخلاف سائر التعليقات إذ السائر بمعنى الباقي. قلت: ليس بيمين لتعلق عتقه بأمر كائن، واستقامة إطلاق سائر التعليقات بطريق المشاكلة إن لم اليمين أخص من التعليق. ويرد عليه أنت طالق إذا جاء غد فإنه تعليق بأمر كائن وليس بسبب في الحال. والجواب أنه إضافة لا تعليق. وقوله: **(وأمكن تأخير السببية إلى زمان الشرط)** لقيام الأهلية فرق آخر بين التدبير وسائر التعليقات. ووجهه أن التدبير لا يمكن فيه تأخير السببية إلى ما بعد الموت لما ذكرنا من انتفاء أهلية الإيجاب حينئذ. وأما سائر التعليقات فتأخير السببية فيه إلى زمان الشرط ممكن لقيام الأهلية عنده فافترقا. واعترض بأن قيام الأهلية ليس بشرط عند وجود الشرط كمن علق طلاقها وهو صحيح ثم جن عند وجود الشرط كما تقدم. والجواب أن قيام أهليته ليس بشرط عند وجود الشرط إذا لم يكن التعليق ابتداء بحال بطلان الأهلية كما ذكرتم في صورة المجنون. وأما إذا كان فلا نسلم أن الأهلية إذ ذاك غير شرط. وقوله: **(ولأنه وصية والوصية خلافة في الحال)** فرق آخر بينهما. وتقريره: التدبير المطلق وصية، والوصية سبب الخلافة في الحال لأن الموصي يجعل الموصى

قوله: **(والجواب أنه إضافة لا تعليق)** أقول: وكذا أنت حر مع موتي أو في موتي أو إذا مت. وجوابه أنه لما كان إضافة إلى الموت كان في حكم المعلق به فأخذ حكمه فإن ما بعد الموت حال بطلان الأهلية. بقي الكلام في أنه لم لا يكون هذا الكلام سبباً حال وجوده ومع أنه أولى على ما دل عليه الدليل الأول قوله: **(فرق آخر بين التدبير إلخ)** أقول: صرح في كتب الأصول في مواضع من جملتها فصل مفهوم المخالفة من التلويح بأن الإضافات أسباب في الحال فينتقض الدليل بها قوله: **(والجواب عنهما جميعاً أن ذلك في وصية لم تكن على وجه التعليق إلخ)** أقول أنت خبير بأن عامة الوصايا على سبيل التعليق مع أنه يجوز الرجوع عنها وتبطل بالقتل قوله: **(والتدبير لكونه إعتاقاً لا يقبل ذلك)** أقول: فيه ما لا يخفى من عدم ظهور وجه امتناع البيع، فإن التدبير ليس إعتاقاً في الحال، وكونه إعتاقاً في المآل مسلم لكن هل يمتنع به البيع أو لا هو محل النزاع.

---

(١) قلت: الحق وجوده فابن القاسم هذا واه بمرة وإليك الميزان للذهبي وملخصه: رافضي ليس بثقة. قال علي المديني: كان يصنع الحديث، وقال يحيى: ليس بشيء.
وقال شعبة: سمعت سماكاً الحنفي يقول له في شيء ذكره: كذبت والله. قال أبو داود الطيالسي الراوي عن شعبة هذا الكلام: وأنا أشهد أن أبا مريم كذاب لأني لقيته، وسمعت منه واسمه عبد الغفار بن القاسم.
وقال أبو حاتم والنسائي وغيرهما: متروك اهـ. قلت: فكيف يقول ابن الهمام الحق عدم ضعف عبد الغفار هذا. فالصواب أنه متهم بالكذب واهٍ بمرة.

عتق المدبر من ثلث ماله) لما روينا، ولأن التدبير وصية لأنه تبرع مضاف إلى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث، حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه، وإن كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين

عمر موقوف صحيح [١]، وحديث أبي جعفر مرسل تابعي ثقة، وقد أقمنا الدلالات على وجوب العمل بالمرسل بل وتقديمه على المسند بعد أنه قول جمهور السلف علمت قطعاً أن المرسل حجة موجبة بل سالمة عن المعارض وكذا قول ابن عمر إن لم يصح رفعه يعضده، ولا يعارضه المروى عن عائشة رضي الله عنها [٢] لجواز كون تدبيرها كان مقيداً، ولأنه أيضاً واقعة حال لا عموم لها، فلم يتناول حديث جابر وعائشة رضي الله عنهما محل النزاع البتة، فكيف وقد وجب حمله على السماع بما ذكرنا فظهر لك تحامله أو غلطه. وأما المعنى الذي أبطل به الشافعي منع بيعه. فما ذكر في الكتاب من قوله: لأنه تعليق العتق بالشرط، وبه لا يمتنع البيع كما في سائر التعليقات بسائر الشروط غير الموت، وكذا إن اعتبر جهة كونه وصية، فإن الرجوع عن الوصية وبيع الموصى به جائز، فظهر أنه على اعتبار شبهي التعليق والوصية لا يمتنع بيعه، وقد قدم المصنف من قريب قوله وعلى هذا: أي إعمال الشبهين يدور الفقه. وجوابه ما ذكر المصنف بقوله: ولأنه سبب الحرية لأنها تثبت بعد الموت، ولا ثبوت إلا بسبب ولا سبب غيره: أي غير قوله: أنت حرّ المعلق في إذا متّ أو المضاف في بعد موتي، فإما أن يجعل سبباً في الحال أو بعد الموت، وجعله سبباً في الحال أولى لأنه حال وجوده، بخلاف ما بعد الموت فإنه معدوم إنما له ثبوت حكمي، فإضافة السببية إليه حال وجوده أولى، فهذا وجه أولوية السببية في الحال. ووجه آخر يوجب عدم إمكان غيره وهو قوله ولأن ما بعد الموت الخ: يعني لا بد لثبوت الملك وزواله من ثبوت الأهلية لهما والموت يبطلها، بخلاف الجنون لأن المجنون أهل لثبوت ملكه كما إذا مات مورّثه أو وهب له وقبل وليه وزواله كما لو أتلف شيئاً فإنه يؤخذ ضمانه من ماله فيزول ملكه عنه، ولو ارتدّ أبواه ولحقا بدار الحرب بانت امرأته، فلذا لم تشترط الأهلية بالعقل عند وجود الشرط ليزول الحكم لأن ذلك شرط لابتداء التصرف لا لمجرد زوال الملك والمجنون أهل لذلك، بخلاف الموت فإنه سالب لأهلية الأمرين، فامتنع أن يجعل قوله المذكور حال حياته سبباً بعد موته فلزمت سببيته في الحال وإلا انتفت لكنها لم تنتف شرعاً، ولأن سائر التعليقات فيها مانع من كون المعلق سبباً في الحال لأنها أيمان واليمين في مثله تعقد للمنع كما قد تعقد للحمل، فالمنع من وقوع الطلاق والعتاق هو المقصد فيها لأنها تعقد للبرّ وأنه يضاد وقوعهما، ووقوعهما هو المقصود في التعليق الذي هو

له خلفاً في بعض ماله بعد موته كالوراثة فإنها سبب خلافة في الحال. واعترض بأنه لو كان وصية لبطل إذا قتل المدبر سيده لأن الوصية للقاتل لا تجوز وإن كان الجرح قبلها أو بعدها، ولجاز البيع لأن الموصي يجوز له بيع الموصى به ويكون رجوعاً عن الوصية وليس الأمر كذلك. والجواب عنهما جميعاً أن ذلك في وصية لم تكن على وجه التعليق لأنها الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك. ووجه اختصاص ذلك أن بطلان الوصية بالقتل وجواز البيع وكونه رجوعاً إنما يصح في موصى به يقبل الفسخ والبطلان والتدبير لكونه إعتاقاً لا يقبل ذلك. وقوله: **(وإبطال السبب لا يجوز)** تتمة الدليل متصل بقوله ولأنه سبب الحرية وما بينهما لإثبات هذه القضية وتركيب المقدمتين، هكذا التدبير سبب الحرية، وسبب الحرية لا يجوز إبطاله، وفي البيع وما يشابهه من الهبة والصدقة والإمهار ذلك أي إبطال سبب الحرية فلا يجوز. قال: **(وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره)** التدبير لا يثبت الحرية في الحال وإنما يثبت استحقاق الحرية فكان الملك فيه ثابتاً، ولهذا لو قال كل مملوك لي فهو حرّ دخل فيه المدبر، وإذا كان كذلك فللمولى أن يستخدمه ويؤاجره، وإن كانت أمة وطئها وله أن يزوّجها لأن ولاية هذه التصرفات بالملك وهو ثابت **(فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا)** يعني من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو قوله عليه الصلاة والسلام «وهو حرّ من الثلث» **(ولأن التدبير وصية لكونه تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت)** ولا نعني بالوصية إلا ذلك، والحكم يعني العتق غير ثابت في الحال لأنه يفيد استحقاق الحرية كما ذكرنا آنفاً، وكل وصية تنفذ من الثلث حتى ولو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثي رقبته، وإن كان على

---

(١) أثر ابن عمر تقدم قبل خبر جابر، وأن الصواب وقفه.

(٢) أثر عائشة تقدم قبل ثلاثة أخبار.

على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته (وولد المدبرة مدبر) وعلى ذلك نقل إجماع الصحابة رضي الله عنهم

التدبير، فلزم من كلامه أن التعليق منه ما ليس بيمين وهو التدبير بلفظ التعليق. ومنه ما هو يمين فلا يمكن سببية المعلق قبل الشرط لما ذكرنا وأمكن في التدبير إذ ليس فيه معنى اليمين فلزمت سببيته في الحال، وإذا انعقدت سببية العتق في الحال يتحقق ثبوت حق العتق له وهو ملحق بحقيقته فلا يقبل الفسخ ولا شك أنه يرد عليه النقض بما إذا قال: إذا جاء غد فأنت حرّ فإنه لما علق بأمر كائن البتة لزم أن المراد ثبوت المعلق فيه لا منعه فلم يكن يميناً فانتفى مانع السببية في الحال فينعقد فيه فيلزم أن لا يجوز بيعه قبل الغد وهو منتف، وهذا الإشكال لا يندفع عن هذا الوجه بمنع كونه كائناً لا محالة لجواز قيام القيامة قبل الغد فإنما يستقيم إذا كان التعليق بمجيء الغد بعد وجود أشراط الساعة من خروج الدجال ونزول عيسى عليه السلام وغيرهما، أما قبل ذلك فليس بصحيح. والجواب بأن الكلام في الأغلب فيلحق الفرد النادر به اعتراف بالإيراد. على أن كون التعليق بمثل مجيء الغد ورأس الشهر نادر غير صحيح. وأجيب أيضاً بما هو حاصل الوجه الثاني وهو أن التعليق الذي هو التدبير وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة. ويرد عليه أنه يجوز الرجوع عن الوصية، وهذا وارد على عبارته إلا بعناية، وهو أن المراد بقوله والوصية خلافة: أي الوصية المذكورة وهي الوصية برقبته خلافة كالوراثة حتى منعت من لحوق الرجوع عنها. ويفرق بين قوله: إذا متّ فأنت حرّ بعد موتي وبين قوله: أعتقوه بعد موتي، فإن الأول استخلاف موجب لثبوت حق الحرية في الحال بخلاف أعتقوه. وأورد عليه أن هذا فرق بعين محل النزاع لأن حاصله أن الوصية بالعتق إذا كانت تدبيراً كانت خلافة تستدعي لزوم الموصى به وعدم جواز الرجوع عنه. وإن كانت غيره كأعتقوا هذا العبد لا تكون كذلك وجاز بيعه، وهذا عين المتنازع فيه فإن الخصم يقول: الوصية بالعتق بهذه الصيغة وبالصيغة الأخرى سواء، ولا مخلص إلا أن تبدي خصوصية في تلك العبارة تقتضي ذلك، وليس هنا إلا كون العبد خوطب به أو كون العتق علق صريحاً بالموت أو أضيف، وكون ذلك في الشرع يقتضي ما ذكرتم من اللزوم وعدم جواز الرجوع ممنوع، فالحق أن الاستدلال إنما هو بالسمع المتقدم بناء على عدم معارضة حديث جابر له لما قدمناه، ثم المذكور بيان حكمة الشرع لذلك قوله: (فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله) لما روينا أوّل الباب، ولأن التدبير وصية ونفاذها من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ويسعى في ثلثية للورثة، ولو كان على المولى دين في هذه الصورة يستغرق رقبة المدبر يسعى في كل قيمته لأن الدين مقدم على الوراثة فكيف بالوصية، ولا يمكن نقض العتق فيرد قيمته قوله: (وولد المدبرة مدبر) فيعتق بموت سيد أمه والمراد ولد المدبرة المطلق، أما ولد المدبرة تدبيراً مقيداً فلا يكون مدبراً، هذا هو الصحيح من النسخ، وفي بعضها: ولد المدبر مدبر. وليس بصحيح لأن الولد يتبع أمه لا أباه، فإن زوجة المدبر لو كانت حرة كان ولدها حراً، أو أمة فولدها عبد سواء كان

المولى دين يسعى في كل قيمته لأن الدين مقدم على الوصية والعتق لا يمكن نقضه فيجب عليه رد قيمته. قوله: (وولد المدبرة مدبر) هذه هي النسخة الصحيحة، ووقع في بعض النسخ وولد المدبر مدبر، وليس بصحيح لأن ولد المدبر إما أن يكون من أمة أو غيرها فالأول رقيق لمولاها، والثاني يتبع الأم في التدبير والكتابة وغيرهما دون الأب. وأما ولد المدبرة فهو مدبر نقل على ذلك إجماع الصحابة رضي الله عنهم، وخوصم إلى عثمان رضي الله عنه في أولاد مدبرة فقضى بأن ما ولدته قبل التدبير عبد يباع، وما ولدته بعد التدبير فهو مثلها لا يباع، وكان ذلك بحضرة الصحابة ولم ينقل عن أحد خلاف قوله: (فإن علق التدبير بموته) بيان للمدبر المقيد وهو أن يعلق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول إن مت من مرضي أو سفري أو مرض كذا فليس بمدبر، ويجوز بيعه لأن السبب لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفات فربما يرجع من ذلك السفر ويبرأ من ذلك المرض، بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة. وتحقيقه يستفاد مما قدمناه وهو أن المعلق به إذا كان على خطر الوجود كان بمعنى اليمين، وقد عرفت أن صفة كونه يميناً يمنع عن السببية، وأما إذا كان أمراً كائناً لا محالة لم يكن في معنى اليمين فكان سبباً. فإن قيل: إذا لم ينعقد السبب في الحال ففي أي وقت ينعقد إذا انعقد بعد الموت فليس بحال أهلية الإيجاب، وإن انعقد قبله كيف يجوز بيعه؟ فالجواب أنه موقوف، فإن مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر من الثلث لأنه يثبت

(وإن علق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول إن متّ من مرضي هذا أو سفري هذا أو من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه) لأن السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة، بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو

أبوه حراً عبداً مدبراً أو لا، ثم المراد الولد الذي كانت حاملاً به وقت التدبير أو الولد الذي حملت به بعد التدبير، أما ولدها المولود قبله فلا يصير مدبراً لتدبيرها، أما الذي كان حملاً فبالإجماع كما لو أعتقها وهي حامل، وأما الذي حملت به بعده ففي قول أكثر أهل العلم وهو المروى عن عمر بن عبد العزيز والزهري والبصري وشريح ومسروق والثوري ومجاهد وقتادة وعطاء وطاوس والحسن بن صالح ومالك وأحمد، وللشافعي فيه قولان، قال المصنف: وعلى هذا إجماع الصحابة: يعني الإجماع السكوتي، فإنه روي عن عمر وابن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن مسعود رضي الله عنهم ولم يرو عن غيرهم خلاف، ولا يخفى أن سريان التدبير إلى الولد على خلاف القياس بالإجماع فلا يقبل فيه إشكال مما ذكر من طرف الشافعي. ولو اختلف المولى والمدبرة في ولدها فقال: ولدته قبل التدبير وقالت بعده فالقول للمولى: لأنها تدعي حق العتق لولدها، ولو ادعته لنفسها كان القول له: مع يمينه فلولدها كذلك والبينة بينتها لإثباتها زيادة حق العتق. واعلم أنه إذا حلف المولى يحلف على العلم لأنه تحليف على فعل الغير وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير، ذكره في المبسوط في باب الشهادة في التدبير. واعلم أنه إذا دبر الحمل وحده فإنه جائز كعتقه وحده، فإن ولدته لأقل من ستة أشهر كان مدبراً وإلا لا، ولو كانت بين اثنين فدبر أحدهما حملها وولدته لأقل من ستة أشهر فالشريك بالخيار بين التدبير وتضمين المدبر والاستسعاء له بعد أن يقدر على السعاية، ولو دبر أحدهما ما في بطنها بأن قال: ما في بطنك حرّ بعد موتي وقال الآخر: أنت حرّة بعد موتي فولدت لأقل من ستة أشهر بعد كلام الأول فالولد مدبر بينهما لأنه كان موجوداً حين دبر الأول فتدبر نصيبه بتدبيره وتدبير نصيب الآخر بتدبير أمه، وإن ولدته لأكثر من ستة أشهر من الأوّل ولأقل منها من تدبير الأم فالولد كله مدبراً للذي دبر الأم لأن ثبوت التدبير فيه بطريق التبعية للأم باعتبار أنه كالجزء، وفي هذا لا ينفصل بعضه عن بعض فكان كله مدبراً للذي دبر الأم، وأما الأم فنصفها مدبر للذي دبرها وللآخر الخيار بين أن يضمنه نصف قيمتها إن كان موسراً وبين أن يستسعيها فتعتق الأم بضمان والولد المدبر بلا ضمان، لأن الضمان إنما يلزمه من حين دبر وعلوق الولد بعده في الحكم فلا يثبت فيه حق الشريك، ألا يرى أنها لو زادت قيمتها في مدة لم يكن للشريك إلا تضمين نصف القيمة وقت التدبير فكذا في الزيادة المنفصلة، ولأنها صارت في حكم المستسعاة حين ثبت لها حق أن يستسعيها والمستسعاة كالمكاتبة تكون أحق بولدها، وإذا دبر ما في بطن أمته لم يكن له أن يبيعها ولا يهبها ولا يمهرها. وذكر في كتاب الهبة من الأصل: إذا أعتق ما في بطن أمته ثم وهبها جازت الهبة، بخلاف ما لو باعها. وقيل في المسئلة روايتان، والأصح هو الفرق بين التدبير والعتق بأنه إذا دبر ما في البطن لو وهب الأم لا يجوز عتقه، ولو أعتقه جاز هبتها لأن بالتدبير لا يزول ملكه عما في البطن، فلو وهب الأم فالموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب فيكون في معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، وأما بعد عتقه فغير مملوك فلم يتصل الموهوب بملك الواهب فهو كما لو وهب داراً فيها ابن الواهب وسلمها. ولو دبر ما في بطنها فولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر بيوم والآخر لأكثر بيوم فهما مدبران لأنهما توءمان وتيقنا بوجود أحدهما حال التدبير في البطن، ولو دبر ما في بطنها ثم كاتبها جاز، وإن وضعت بعد هذا لأقل من ستة أشهر كان التدبير في الولد صحيحا لكنه يدخل في الكتابة أيضاً تبعاً للأم، فإذا أدّت عتقاً جميعاً، وإن مات المولى قبل أن تؤدي عتق الولد بالتدبير، وإن ماتت الأم قبل المولى فعلى الولد أن يسعى فيما على الأم لأنه دخل في الكتابة، فإن مات المولى فالولد بالخيار في اختياره الحرية بالتدبير أو بأداء الكتابة فيختار الأنفع له، وإن كان خرج من الثلث عتق ولا شيء عليه لأن مقصوده حصل. ولو قال لأمته: ولدك الذي في بطنك ولد مدبرة أو ولد حرة ولا يريد به عتقاً لم تعتق لأن هذا تشبيه وليس بتحقيق فكأنه قال: أنت مثل الحرة أو المدبرة قوله: **(وإن علق التدبير بموته على صفة)** مثل أن يقول: إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا أو مرض كذا أو قتلت أو غرقت فليس بمدبر فيجوز بيعه لأن السببية لم

كائن لا محالة **(فإن مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر)** معناه من الثلث لأنه ثبت حكم التدبير في

تنعقد في الحال للتردد في تلك الصفة هل تقع أولاً، بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة. ثم إن مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر يعني من الثلث لأنه ثبت حكم التدبير له في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فإذ ذاك يصير مدبراً مطلقاً لا يجوز بيعه بل لا يمكن، فأما ما قيل: آخر جزء من حياته فلم يكن مدبراً فجاز بيعه، وإن برىء من ذلك المرض أو رجع من ذلك السفر ثم مات لم يعتق لأن الشرط الذي علق به قد انعدم. واستشكل بما إذا قال: أنت حرّ قبل موتي بشهر ومضى شهر فإنه بعد مضي الشهر يعتق بمطلق موت المولى مع أنه مدبر مقيد حتى جاز للمولى بيعه. أجيب بأنه إنما كان كذلك لأنه يعتق بالشهر قبل موته كما سمى فيجب اعتباره بالعتق المضاف إلى غد، وأنه لا يثبت حقاً للعبد للحال فكذا هنا. ولو قال: إذا متّ أو قتلت فأنت حرّ على قول زفر هو مدبر لأن عتقه تعلق بمطلق موته حتى يعتق إذا مات على أي وجه كان. وعلى قول أبي يوسف: ليس مدبراً لأنه علقه بأحد الشيئين من الموت والقتل، والقتل وإن كان موتاً فالموت ليس بقتل، وتعليقه بأحد الأمرين يمنع كونه عزيمة في أحدهما خاصة فلا يصير مدبراً حتى يجوز بيعه. وقول زفر: أحسن لأن التعليق في المعنى بمطلق موته لأن لا تردد في كون الكائن أحد الأمرين من الموت قتلاً أو غير قتل فهو في المعنى مطلق الموت كيفما كان. وروى الحسن عن أبي حنيفة: إذا قال: إذا متّ وغسلت فأنت حرّ لا يكون مدبراً لأنه علقه بالموت وشيء آخر بعده، ثم إذا مات ففي القياس لا يعتق وإن غسل ما لم يعتقوه لأنه بنفس الموت انتقل إلى ملكهم فهو كقوله: إن مت ودخلت الدار فأنت حرّ. وفي الاستحسان يعتق لأنه يغسل عقيب الموت قبل أن يتقرر ملك الوارث فهو نظير تعليقه بموت بصفة، فإذا وجد ذلك يعتق من الثلث بخلاف دخوله الدار لأنه لا يتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه، كذا في المبسوط قوله: **(ومن المقيد)** أي ومن التدبير المقيد **(أن يقول إن متّ إلى سنة أو إلى عشر سنين)** فأنت حرّ، فإن مات قبل السنة أو العشر عتق مدبراً، وإن مات المولى بعد السنة أو العشر لم يعتق، ومقتضى الوجه كونه لو مات في رأس السنة يعتق لأن الغاية هنا لولاها تناول الكلام ما بعدها لأنه تنجيز عتقه [1] فيصير حراً بعد السنة والعشر فتكون للإسقاط ومنه أنت حر قبل موتي بشهر أو بيوم فإنه مدبر مقيد حتى ملك بيعه وعند زفر مدبر مطلق. قلنا: لم يوجد تعليقه بمطلق موته لاحتمال موته قبل شهر فلم يتعلق بشرط كائن لا محالة ولو مات بعد شهر قيل يعتق من الثلث وقيل من جميع المال لأن على قول أبي حنيفة: يستند العتق إلى أوّل الشهر وهو كان صحيحاً فيعتق من كله وعلى قولهما: يصير مدبراً بعد مضي الشهر قبل موته قوله: **(بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة ومثله لا يعيش إليها في الغالب لأنه كالكائن لا محالة)** فيكون تدبيراً مطلقاً فلا يجوز بيعه، وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة. وقال قاضيخان: على قول أصحابنا مدبر مقيد، وكذا ذكره في الينابيع وجوامع الفقه لأنه لم يخرج عن التعيين، وعلى قول الحسن: ذكر مالاً يعيش إليه غالباً تأبيد معنى، وهو كالخلاف في النكاح المؤقت لو سميا مدة لا يعيشان إليها غالباً صح النكاح عند الحسن لأنه تأبيد معنى والمذهب أنه توقيت فلا يصح، والمصنف كالمناقض فإنه في النكاح اعتبره توقيتاً وأبطل به النكاح وهنا جعله تأبيداً موجباً للتدبير.

[فروع] كاتب مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلث ماله عتق بالتدبير وسقط عند بدل الكتابة للاستغناء عن أداء

حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة حينئذ، وإن عاش بطل التدبير **(ومن المقيد أن يقول إن متّ إلى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا)** يعني قوله لتردد في تلك الصفات **(بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة، ومثله لا يعيش إليه في الغالب لأنه كالكائن لا محالة)** وهذا الذي ذكره رواية الحسن عن أبي حنيفة في المنتقى، وذكر الفقيه أبو الليث في نوازله: لو أن رجلاً قال

---

(١) **(قول الكمال لأنه تنجيز عتقه)** لأنه أي الكلام بدون الغاية يفيد تنجيز عتقه بعد الموت مطلقاً، كذا بهامش نسخة الشيخ البحراوي.

آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث. ومن المفيد أن يقول إن متّ إلى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا، بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة ومثله لا يعيش إليه في الغالب لأنه كالكائن لا محالة.

المال بالعتق الحاصل عن التدبير، فإن لم يكن له مال غيره فإنه يعتق ثلثه بالتدبير ثم لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: سقط ثلث بدل الكتابة أيضاً اعتباراً للجزء بالكل، وقياساً على ما لو كاتبه أوّلاً ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فإنه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة لما عتق ثلثه بالتدبير، فكذا إذا سبق التدبير الكتابة. ولا معنى لقول من يقول: المستحق بالتدبير لا يرد عليه عقد الكتابة، لأنه لو أدّى جميع بدل الكتابة في حياته يعتق كله، ولو كان المستحق بالتدبير لم ترد عليه الكتابة لما عتق بالأداء، ولأن استحقاق المدبر ثلثه بالتدبير كاستحقاق أم الولد جميعها بالاستيلاد. ولو كاتب أم ولده صح ووجب المال فعرفنا أن هذا الاستحقاق لا يمنع ورود العقد عليه.
ولهما طريقان: أحدهما أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير لأن موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتاً في المكاتب والبدل بمقابلته، وعرف أن التدبير يوجب استحقاق شيء له فلا يتصور استحقاق ذلك بالكتابة فيكون البدل بمقابلة ما وراء ذلك، فهو كما لو طلق زوجته ثنتين ثم طلقها ثلاثاً بألف كانت الألف كلها بإزاء الطلقة الثالثة، ألا يرى أنه لو خرج كله من الثلث بطلت الكتابة، فأما قبل الموت الكتابة صحيحة لأن الاستحقاق بالتدبير غير متقرر لجواز أن لا يموت المولى قبله، وإذا ثبت أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وشيء من ذلك لم يسلم للعبد بموت المولى لا يسقط شيء عنه، بخلاف ما لو كاتبه أوّلاً لأن بدل الكتابة هناك بمقابلة جميع الرقبة فإنه لم يكن مستحقاً لشيء من رقبته عند الكتابة، فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير عند الموت سقط حصته من بدل الكتابة. والطريق الآخر أن التدبير وصية برقبته له وهي عين، والوصية بالعين لا تنفذ من مال آخر، كما لو أوصى بعبد لإنسان ثم باعه أو قتل لا تنفذ الوصية في قيمته ولا ثمنه من مال الموصي، وفي إسقاط بعض بدل الكتابة ذلك فامتنع، بخلاف ما لو كاتبه أوّلاً ثم دبره لأن حقه عند التدبير أحد الشيئين، إما بدل الكتابة إن أدّى، أو مال رقبته إن عجز فيكون موصياً له بما هو حقه فلهذا ينفذ من بدل الكتابة. إذا عرف هذا فتخرج المسئلة على قول أبي حنيفة: فيما إذا دبره ثم كاتبه أنه يتخير بعد موت المولى إن شاء سعى في جميع بدل الكتابة بجهة عقد الكتابة، وإن شاء سعى في ثلثي قيمته بالتدبير لأن عنده العتق يتجزأ وقد تلقاه جهتا حرية فيختار أيهما شاء. وعند أبي يوسف يسعى في الأقل منهما بغير خيار لأن العتق لا يتجزأ عنده فقد عتق كله والمال عليه ولا يلزمه إلا أقل المالين، وعند محمد: يسعى في الأقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة لأن ثلثها سقط عنه ولا يتخير لأنه عتق كله كما ذكر أبو يوسف. ولو كاتبه ثم دبره، فعند أبي حنيفة يتخير بين أن يسعى في ثلثي قيمته أو ثلثي بدل الكتابة، وعندهما يسعى في أقلهما عيناً. ولو كاتب مدبرته فولدت ثم ماتت يسعى الولد فيما عليها لأنه مولود في كتابتها فيبقى عقد الكتابة ببقائه لأنه جزء منها، فإن كانا ولدين فأدّى أحدهما المال كله لم يرجع على أخيه بشيء لأنه ما أدى عنه شيئاً إنما أدى عن الأم، فإن بدل الكتابة عليها، ولأن كسب كل منهما لها حتى لو كانت حية كانت أحق به فكان أداء من أدى أحدهما أو كليهما أداء من مال الأم، ومثله لو كاتب عبدين مدبرين جميعاً وكل كفيل عن الآخر ثم ماتا وترك أحدهما ولدا ولد له في كتابته من أمته فعليه أن يسعى في جميع الكتابة لأنه قائم مقام أبيه، وإنما يسعى لتحصيل العتق لأبيه ولنفسه، ولا يحصل العتق لأبيه إلا بأداء جميع بدل الكتابة، فلذا كان عليه السعاية في جميع بدل الكتابة.

لعبده أنت حرّ إن متّ إلى مائتي سنة، قال أبو يوسف: هذا مدبر مقيد، وله أن يبيعه. وقال الحسن: هو مدبر لا يجوز بيعه لأنه علم أنه لا يعيش إلى تلك المدة فصار كأنه قال أن متّ فأنت حرّ، ثم لو مات قبل السنة في الأوّل أو قبل عشر سنين في الثاني عتق، ولو مات بعدهما لم يعتق لأنه لم يوجد الشرط في المدبر المقيد، والله أعلم.

باب الاستيلاد

(وإذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها) لقوله عليه الصلاة والسلام «**أعتقها ولدها**» أخبر عن إعتاقها فيثبت بعض مواجبه ولا حرمة البيع. ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطىء والموطوءة بواسطة

باب الاستيلاد

لما اشترك كل من المدبر وأم الولد في استحقاق العقد وتعلقه بالموت وصل بينهما، ولما كان التدبير أنسب بما قبله من حيث أن العتق به بإيجاب اللفظ بخلاف الاستيلاد قدّمه عليه. والاستيلاء مصدر استولد: أي طلب الولد، وهو عام أريد به خصوص، وهو طلب ولد أمته: أي استلحاقه: أي باب بيان أحكام هذا الاستلحاق الثابتة في الأم، وأصله استولاد، ومثله يجب قلب واوه ياء كميعاد وميزان وميقات فصار استيلاداً، وأم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب. وفي عرف الفقهاء أخص من ذلك وهي الأمة التي ثبت نسب ولدها من مالك كلها أو بعضها قوله: **(وإذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد له)** يعني إذا ثبت نسبه منه وليس ولادتها منه مستلزماً ثبوته، ففي العبارة قصور، وذلك لأنه لا يريد أنها إذا ولدت منه صارت أم ولد بالمفهوم اللغوي بل بالاصطلاح الفقهي، ولذا رتب عليه الأحكام المذكورة حيث قال: لا يجوز بيعها ولا تمليكها ولا هبتها، بل إذا مات ولم ينجز عتقها تعتق بموته من جميع المال ولا تسعى لغريم ولو كان السيد مديوناً مستغرقاً، وهذا كله مذهب جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء، إلا من لا يعتدّ به كبشر المريسي وبعض الظاهرية فقالوا يجوز بيعها، واحتجوا بحديث جابر قال: «**بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر، فلما كان عمر نهانا عنه فانتهينا**»[1]. رواه أبو داود وقال الحاكم

باب الاستيلاد

لما فرغ من بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاد عقيبه لمناسبة بينهما من حيث أن لكل واحد منهما حق الحرية لا حقيقتها. والاستيلاد: طلب الولد، فأم الولد من الأسماء الغالبة كالصغيرة في الصفات الغالبة **(إذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد له لا يجوز بيعها)** ولا هبتها **(ولا تمليكها لقوله ﷺ)** لما ولدت مارية إبراهيم من رسول الله ﷺ وقيل له ألا تعتقها **(«أعتقها ولدها» أخبر عن إعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع)** لأن الحديث وإن دل على تنجيز الحرية لكن عارضه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال «أيما رجل ولدت أمته منه فهي معتقة عن دبر منه» فعملنا بهما جميعاً ومنعنا البيع بالحديث الأول والتنجيز بالحديث الثاني. ولا يقال محلية البيع معلومة فيها بيقين فلا ترتفع إلا بيقين مثله وخبر الواحد لا يوجبه. لأنا

باب الاستيلاد

قوله: **(الاستيلاد طلب الولد)** أقول: يعني طلب الولد مطلقاً وخص بطلب ولد أمته قوله: **(فأم الولد من الأسماء الغالبة كالصغيرة في الصفات الغالبة)** أقول: وإلا فأم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب، ثم قوله كالصغيرة يعني كاستعمال الصغيرة في الذنوب قوله: **(وقد انضم إليها الإجماع اللاحق فرفعتها)** أقول: الضمير في قوله فرفعتها راجع إلى قوله محلية في قوله لا يقال محلية البيع إلخ.

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٩٠٤ وابن حبان ٤٣٢٤ والحاكم ٢/ ١٨ . ١٩ والبيهقي ١٠/ ٣٤٧ من عدة طرق عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء عن جابر به. وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، وأقره الذهبي. وهو كما قالا رجاله كلهم ثقات، وقيس بن سعد ثقة كما في التقريب. وهو من رجال مسلم وبقية رجاله مشهورون.

على شرط مسلم. وأخرج النسائي عن زيد العمي إلى أبي سعيد الخدري: «كنا نبيعهن في عهد رسول الله ﷺ»(١) صححه الحاكم وأعله العقيلي بزيد العمي، وقال النسائي: زيد العمي ليس بالقوي، ونقل هذا المذهب عن الصديق وعليّ وابن عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن الزبير رضي الله عنهم، لكن عن ابن مسعود بسند صحيح وابن عباس: تعتق من نصيب ولدها، ذكره ابن قدامة، فهذا يصرح برجوعهما على تقدير صحة الرواية الأولى عنهما. واستبدل بعضهم للجمهور بما في حديث أبي داود من طريق محمد بن إسحاق عن خطاب بن صالح عن أمه عن سلامة بنت مغفل امرأة من خارجة قيس عيلان، وذكر البيهقي أنه أحسن شيء روي عن رسول الله ﷺ في هذا قالت: «قدم بي عمي في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو وأخي أبي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن بن الحباب ثم هلك، فقالت امرأته: الآن والله تباعين في دينه، فأتيت رسول الله ﷺ فقلت: يا رسول الله إني امرأة من خارجة قيس عيلان قدم بي عمي المدينة في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو أخي أبي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن فمات فقالت لي امرأته: الآن والله تباعين في دينه، فقال عليه الصلاة والسلام: من ولي الحباب؟ قيل أخوه أبو اليسر كعب بن عمرو، فبعث إليه فقال: أعتقوها، فإذا سمعتم برقيق قدم عليّ فأتوني أعوّضكم، قالت: فأعتقوني وقدم على رسول الله ﷺ رقيق فعوضهم مني غلاماً» (٢) ولا يخفى أن هذا لا يدل على أنها تعتق بمجرد موته، بل على أنه سألهم أن يعتقوها ويعوضهم لما استرقت قلبه عليه الصلاة والسلام، بل يفيد أنها لا تعتق وإلا لبين الحكم الشرعي في ذلك من أنها عتقت ولم يأمرهم بعتقها بعوض يقوم هو عليه الصلاة والسلام به بهم. نعم يحتمل أن يراد بأعتقوها خلوا سبيلها كما فسره البيهقي، وأن العوض من باب الفضل منه عليه أفضل الصلاة والسلام، لكن هذا احتمال غير الظاهر والعبرة للظاهر فلا يصار إلى هذا إلا بدليل من خارج يوجبه ويعينه، فمن ذلك ما ذكر المصنف عنه ﷺ أنه قال: يعني في مارية القبطية رضي الله عنها «أعتقها ولدها» (٣) وهو حديث رواه ابن ماجه عن ابن عباس قال: «ذُكرت أم إبراهيم عند رسول

---

(١) حسن لشاهده. أخرجه الطيالسي ٢٢٠٠ والنسائي في الكبرى في العتق كما في التحفة ٣/ ٣٣٦ والحاكم ٢/ ١٩ والبيهقي ١٠/ ٣٤٨ كلهم من حديث أبي سعيد، ومداره على زيد العمّيّ وهو واهٍ. ومن هذا الوجه أخرجه الدارقطني ٤/ ١٣٦.

قال الحاكم: هذا شاهد صحيح لخبر جابر المتقدم، وسكت الذهبي! قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٨٩ ما ملخصه: قال النسائي عقب حديثه: زيد العمّيّ ليس بالقوي، وصححه الحاكم. وأعله العقيلي بزيد هذا، ثم قال: وغير زيد يرويه بإسناد جيد اهـ.

قلت: فلعل الذهبي سكت لشواهده، فمنها حديث جابر المتقدم وورد حديث جابر بلفظ: «كنا نبيع سرارينا أمهات الأولاد، والنبي ﷺ حيّ فينا، فلا يرىٰ بذلك بأساً». أخرج عبد الرزاق ١٣٢١١ وأحمد ٣/ ٣٢١ والشافعي ٢/ ٤٧ وابن ماجه ٢٥١٧ وابن حبان ٤٣٢٣ والدارقطني ٤/ ١٣٥ والبيهقي ١٠/ ٣٤٨ والنسائي في العتق في الكبرى كما في التحفة ٢/ ٣٢٤ من طرق عن ابن جريج قال: أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله . . . فذكره.

وقال البيهقي: ليس في هذه الأحاديث أن النبي ﷺ علم بذلك فأقرهم عليه اهـ.

قلت: وهذا إسناد جيد أبو الزبير احتج به مسلم وهو مدلس لكن صرح بالسماع ههنا فزالت تهمة التدليس، وكذا ابن جريج صرح بالإخبار وبقية رجاله ثقات لكن ما ذكر البيهقي قريب محتمل والله أعلم.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣٩٥٣ والبيهقي ١٠/ ٣٤٥ كلاهما من هذا الطريق عن ابن إسحق عن خطاب بن صالح عن أمه عن سلامة بنت معقل امرأة من خارجة قيس بن عيلان به. وسكت عليه أبو داود وكذا البيهقي في الكبرى. وأما في كتاب المعرفة فقال: أحسن شيء روي مرفوعاً هو هذا. نقله الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٨٧ ـ ٢٨٨ وقال المنذري في مختصر السنن ٣٨٩٨: فيه محمد بن إسحق وقد تقدم الكلام عليه، وقال الخطابي: إسناده ليس بذاك اهـ. قلت: ابن إسحق مدلس وقد عنعن، وشيخه خطاب بن صالح غير مشهور لذا جاء في التقريب: مقبول روىٰ له أبو داود.

قلت: وأمه أيضاً مجهولة حيث قال: عن أمه، ولم يُسمِّها.

(٣) هو الآتي.

. . . .

الله ﷺ فقال: أعتقها ولدها» [١] وطريقه معلول بأبي بكر بن عبد الله بن أبي سبرة وحسين بن عبيد الله بن عبد الله بن عباس، وبسند ابن ماجه رواه ابن عدى في الكامل لكن أعله بابن أبي سبرة فقط، فإنه يرى أن حسيناً ممن يكتب حديثه. وأخرج ابن ماجه أيضاً عن شريك عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ «أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته» [٢] ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح الإسناد، وهذا توثيق لحسين بن عبد الله. ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده: حدثنا زهير، حدثنا إسماعيل بن أبي أويس، حدثنا أبي عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس عنه ﷺ قال: «أيما أمة ولدت من سيدها فإنها حرّة إذا مات إلا أن يعتقها قبل موته» ورواه أحمد عن ابن عباس عنه ﷺ: «أيما رجل ولدت منه أمته فهي معتقة عن دبر منه» [٣] والطرق كثيرة في هذا المعنى ولذا قال الأصحاب إنه مشهور تلقته الأمة بالقبول، وإذ قد كثرت طرق هذا المعنى وتعددت واشتهرت فلا يضره وقوع راو ضعيف فيه مع أن ابن القطان قال في كتابه: وقد روى بإسناد جيد، قال قاسم بن أصبغ في كتابه: حدثنا محمد بن وضاح، حدثنا مصعب بن سعد.[٤] أبو خيثمة المصيصي: حدثنا عبد الله بن عمرو هو الرقي عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس قال «لما ولدت مارية القبطية إبراهيم قال ﷺ: أعتقها ولدها» ومن طريق ابن أصبغ رواه ابن عبد البرّ في التمهيد، ومما يدل على صحة حديث «أعتقها ولدها» ما قال الخطابي ثبت أنه ﷺ

. . . .

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٥١٦ والدارقطني ٤/ ١٣١ . ١٣٢ والحكم ٢/ ١٩ والبيهقي ١٠/ ٣٤٦ من طرق عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً قال البوصيري في الزوائد: حسين بن عبد الله تركه علي المديني وضعفه أبو حاتم وغيره، وقال البخاري: إنه كان يُتهم بالزندقة. وكذا ذكر الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٨٧ بأن في الإسناد ابن أبي سبرة وحسين، وكلاهما ضعيف.
ونقل الزيلعي عن ابن القطان قوله: وقد رُوي بإسناد جيد قال قاسم بن أصبغ في كتابه حدثنا محمد بن وضاح ثنا مصعب بن سعيد أبو خيثمة المصّيصي ثنا عبيد الله بن عمر الرَّقيّ عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس قال. . . فذكره وسكت الزيلعي على تجويد ابن القطان للإسناد، وكذا ابن حجر في الدراية ٢/ ٨٧ تبعها على ذلك حيث ذكر أنه إسناد جيد وهذا عجيب منهم فإن في الإسناد مصعب بن سعيد وهو واو لذا تنبه ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ٢١٨ لذلك حيث قال عقب هذا الحديث: وفيه ضعف اهـ.
وأما الذهبي فقال في الميزان عن مصعب بن سعيد: قال ابن عدي يحدث عن الثقات بالمناكير، ويُصَحِّفُ، ثم ذكر له مناكير وقال الذهبي عقبها، قلت: ما هذه إلا بلايا! اهـ. ووهم ابن حزم أيضاً في تصحيح هذا الإسناد حيث نقل ابن التركماني في الجوهر ١٠/ ٣٤٧ عنه أنه قال: هذا إسناد صحيح مع أن ابن حزم خلط في إسناده كما بيّن ذلك الزيلعي في نصب الراية حيث جعل في الإسناد مصعب بن محمد، ومع ذلك فهو واو، ونسبته القرقساني كانت فيه غفلة.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٥١٥ والدارمي ٢٤٧٦ والدارقطني ٤/ ١٣١ والحاكم ٢/ ١٩ والبيهقي ١٠/ ٣٤٦ وأحمد ١/ ٣٠٣. ٣١٧. ٣٢٠ كلهم من حديث ابن عباس قال البوصيري في الزوائد: فيه الحسين بن عبد الله الهاشمي تركه المديني وغيره، وضعفه أبو حاتم وغيره وقال البخاري: إنه كان يُتّهم بالزندقة.
وأما الحاكم فقال: صحيح ولم يخرجاه! وردّه الذهبي بقوله:
قلت: حسين متروك.
وأما البيهقي فقال: حسين ضعفه أكثر أصحاب الحديث اهـ
قلت: ثم ذكر ابن الهمام رواية أبي يعلى، وفيها أيضاً حسين هذا، وهو متروك كما تقدم.

(٣) تقدم في الذي قبله.

(٤) (سعد) هكذا في بعض النسخ وفي بعضها: أسعد بألف وصوابه: مصعب بن سعيد كما جاء في كتب الحديث والتخريج: وأما ما نقله ابن الهمام عن تجويد ابن القطان لرواية قاسم بن أصبغ، فتقدم الجواب عن ذلك بأن مصعب بن سعد واو. وقال عنه ابن عدي: صاحب مناكير. ووافقه الذهبي في الميزان، وكذا ابن حجر في اللسان حيث قال: وقال صالح جزرة: شيخ ضرير لا يدري ما يقول اهـ.
وابن عبد البر رواه أيضاً من طريقه.

قال «إنا معاشر الأنبياء لا نورث ما تركنا صدقة»[(١)] فلو كانت مارية مالاً بيعت وصار ثمنها صدقة. وعنه عليه الصلاة والسلام «أنه نهى عن التفريق بين الأولاد والأمهات»[(٢)] وفي بيعهن تفريق. وإذا ثبت قوله «أعتقها الخ» وهو متأخر إلى الموت إجماعاً وجب تأويله على مجاز الأول، فيثبت في الحال بعض مواجب العتق من امتناع تمليكها. وروى الدارقطني عن يونس بن محمد عن عبد العزيز بن مسلم بن عبد الله بن دينار عن ابن عمر «أنه ﷺ نهى عن بيع أمهات الأولاد فقال: لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن، يستمتع بها سيدها ما دام حياً. فإذا مات فهي حرة»[(٣)] ثم أخرجه بسند فيه عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن دينار، وأعله ابن عدي بعبد الله بن جعفر بن نجيح المديني وأسند تضعيفه عن النسائي وغيره، ولينه هو وقال: يكتب حديثه، ثم أخرجه عن أحمد بن عبد الله العنبري: حدثنا معتمر عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفاً عليه، وأخرجه أيضاً عن فليح بن سليمان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفاً، قال ابن القطان: هذا حديث عن عبد العزيز بن مسلم القسملي[(٤)] وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر. واختلف عنه فقال عنه يونس بن محمد، وهو ثقة وهو الذي رفعه. وقال عنه يحيى بن إسحاق وفليح بن سليمان عن عمر: لم يتجاوزوه، وكلهم ثقات، وهذا كله عند الدارقطني، وعندي أن الذي أسنده خير ممن وقفه. وأخرج مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب قال: «أيما وليدة ولدت من سيدها فإنه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع منها فإذا مات فهي حرة»[(٥)] وهكذا رواه سفيان الثوري وسليمان بن بلال وغيرهما عن عمر موقوفاً. وأخرج

. . . .

(١) صحيح. هو بعض حديث أخرجه البخاري ٢٩٠٤ و ٣٠٩٤ و ٤٠٣٣ و ٤٨٨٥ ومسلم ١٧٥٧ وأبو داود ٢٩٦٣ والترمذي ١٦١٠ والنسائي ٧/ ١٣٦ ـ ١٣٧ وعبد الرزاق ٩٧٧٤ والحميدي ٢٢ وابن حبان ٦٦٠٨ وأبو يعلى (٢) (٣) والبغوي ٢٧٣٨ والبيهقي ٦/ ٢٨٩ ـ ٢٩٩ وابن سعد ٢/ ٣١٤ وأحمد ١/ ٤٨ ـ ١٦٢ ـ ١٦٤ ـ ١٧٩ ـ ١٩١ من طرق كثيرة كلهم من حديث عمر وفيه: أن رسول الله ﷺ قال: لا نُوَرّثُ ما تركنا صدقةً. وأما بسياق المصنف فقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ١٠٠: أخرجه النسائي في الكبرىٰ في أوائل الفرائض، وإسناده علىٰ شرط مسلم.

(٢) حسن. أخرجه الترمذي ١٢٨٣ و ١٥٦٦ والدرامي ٢٣٨٥ والدارقطني ٣/ ٦٧ والحاكم ٢/ ٥٥ وأحمد ٥/ ٤١٣ ـ ٤١٤ كلهم من حديث أبي أيوب: «من فرق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» قال الترمذي: حسن غريب. وأما الحاكم فصححه وسكت الذهبي.

وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ١٥: في إسناد حيىٍّ بن عبد الله المعافري مختلف فيه لكن رواه الدارمي من وجه آخر اهـ.

قلت: توبع المعافري في رواية الدارمي، فالحديث حسن وله شواهد.

(٣) الراجح وقفه. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٣٤ من طريق عبد العزيز بن مسلم عن ابن عمر مرفوعاً.

ثم أخرجه الدارقطني من وجه آخر عن عبد العزير بن مسلم عن عمر موقوفاً، ثم أخرجه من طريق فليح بن سليمان عن عمر موقوفاً أيضاً.

وأخرجه أيضاً من طريق عبد الله بن جعفر المخرمي عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر مرفوعاً.

قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٨٨: الطريق الأخير أعله ابن عدي بعبد الله بن جعفر والد علي المديني وضعفه.

قال ابن القطان: هذا حديث يرويه عبد العزيز بن مسلم القسملي، وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر، والراوي عن القسملي يونس بن محمد وهو ثقة، وقد رفعه، ووقفه فُليح بن سليمان ويحيى بن إسحق علىٰ عمر، وكلهم ثقات وعندي الذي رفعه خير من الذي وقفه اهـ.

وأخرجه البيهقي ١٠/ ٣٤٣ من طريق الثوري عن ابن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفاً، وقال البيهقي: هكذا روايةُ الجماعة عن ابن دينار رووه موقوفاً، وغلط فيه بعض الرواة فرفعه، وهو وهم لا يحلُ ذكره اهـ والراجح وقفه، وسيأتي ما يرجح الوقف.

(٤) (القسملي) هكذا في بعض النسخ، ومثله في خلاصه أسماء الرجال مضبوطاً بفتح القاف والميم بينهما مهملة ساكنة، وما وقع في بعض النسخ من السلمي تحريف فليحذر، كتبه مصححه.

(٥) موقوف صحيح. أخرجه مالك ٢/ ٧٧٦ عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفاً وكذا البيهقي في سننه ١٠/ ٣٤٢ رواه عن مالك وعمر بن محمد وعبد الله بن عمر وغيرهم عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفاً موقوفاً. وهو الصواب لأن الرواة عن ابن دينار اضطربوا فيه، وجاء ههنا مرجح من الخارج علىٰ أن الصواب وقفه كما رأيت والله أعلم.

الولد فإن الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة، إلا أن بعد الانفصال تبقى الجزئية حكماً لا حقيقة فضعف السبب فأوجب حكماً مؤجلاً إلى ما بعد الموت، وبقاء الجزئية حكماً باعتبار النسب

الدارقطني من حديث عبد الرحمن الإفريقي عن سعيد بن المسيب «أن عمر أعتق أمهات الأولاد وقال: أعتقهن رسول الله ﷺ»[1] والإفريقي وإن كان غير حجة فقد تقدم ما يعضد رفعه[2] مع ترجيح ابن القطان فثبت الرفع بما قلنا، ولا شك في ثبوت وقفه على عمر. وذكر محمد في الأصل حديث سعيد بن المسيب قال: «أمر رسول الله ﷺ بعتق أمهات الأولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين» وعدم مخالفة أحد لعمر حين أفتى به وأمر فانعقد إجماع الصحابة على عدم بيعهن، فهذا يوجب أحد الأمرين: إما أن ما كان من بيع أمهات الأولاد في زمنه ﷺ لم يكن بعلمه وإن كان مثل قول الراوي: كنا نفعل في عهد رسول الله ﷺ حكمه الرفع لكن ظاهراً لا قطعاً، فإذا قام دليل في خصوص منه على عدمه وجب اعتباره. وإما أنه كان بعلمه وتقريره ثم نسخ ولم يظهر الناسخ لأبي بكر رضي الله عنه لقصر مدته مع اشتغاله فيها بحروب مسيلمة وأهل الردّة ومانعي الزكاة ثم ظهر بعده كما عن ابن عمر: كنا نخابر أربعين سنة ولا نرى بذلك بأساً حتى أخبرنا رافع بن خديج «أنه ﷺ نهى عن المخابرة فتركناها»[3] وأياً ما كان وجب الحكم الآن بعدم جواز بيعهن. هذا إذا قصرنا النظر على الموقوف، فأما بملاحظة المرفوعات المتعاضدة فلا شك. ومما يدل على ثبوت ذلك الإجماع ما أسنده عبد الرازق: أنبأنا معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني قال: سمعت علياً يقول: اجتمع رأيي ورأي عمر في أمهات الأولاد أن لا يبعن، ثم رأيت بعد ذلك أن يبعن فقلت له: فرأيك ورأي عمر في الجماعة أحبّ إليّ من رأيك وحدك في الفرقة فَضَحِكَ عليّ [4]. واعلم أن رجوع عليّ رضي الله عنه يقتضي أنه يرى اشتراطاً انقراض العصر في تقرر الإجماع والمرجح خلافه. وسئل داود عن بيع أم الولد فقال: يجوز لأنا اتفقنا على جواز بيعها قبل أن تصير أم ولد فوجب أن يبقى كذلك. إذ الأصل في كل ثابت دوامه واستمراره. وكان أبو سعيد البردعي حاضراً فعارضه فقال: قد زالت تلك الحالة بالاتفاق وامتنع بيعها لما حبلت بولد سيدها، والأصل في كل ثابت دوامه فانقطع داود وكان له أن يجيب ويقول: الزوال كان بمانع عرض وهو قيام الولد الحر في بطنها وزال بانفصاله فعاد ما كان فيبقى إلى أن

نقول: الأحاديث الدالة على عتقها من المشاهير، وقد انضم إليها الإجماع اللاحق فرفعتها. (ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطىء والموطوءة بواسطة الولد فإن الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة) وهي تمنع بيعها وهبتها لأن بيع جزء الحرّ وهبته حرام. فإن قيل: لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتنجيز العتق لأن الجزئية توجبه ولستم بقائلين به. أجاب بقوله: (إلا أن بعد الانفصال) يعني أن الولد إنما يعلم بعد الانفصال، وبعد الانفصال (تبقى الجزئية حكماً لا حقيقة فضعف السبب فأوجب حكماً مؤجلاً إلى ما بعد الموت) فتعاضد المنقول بالمعقول في إثبات الحكم المؤجل إلى ما بعد الموت

قوله: (ولأن الجزئية) أقول: عطف على قوله لقوله ﷺ قوله: (أجاب بقوله إلا أن بعد الانفصال: يعني أن الولد إنما يعلم بعد الانفصال) أقول: إذا اعترف المولى بالحمل منه قبل الانفصال لم يؤاخذ بإقراره، وعندي معنى كلام المصنف غير ما ذكره الشارح

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٣٦ والبيهقي ١٠/ ٣٤٤ كلاهما من طريق الإفريقي عن ابن المسيب عن عمر به قال البيهقي: تفرد برفعه الإفريقي وهو ضعيف.

(٢) وتقدم أيضاً ما يعضد وقفه لا سيما مالك فقد رواه موقوفاً، وهو أثبت من غيره. لكن الموقوف ههنا حجة، وسيأتي اتفاق عمر وعلي على ذلك.

(٣) صحيح. لكن بلفظ؛ أن ابن عمر كان يكري مزارعه على عهد رسول الله ﷺ، وفي إمارة أبي بكر وعمر وعثمان، وصدراً من إمارة معاوية. هكذا أخرجه البخاري ٢٣٤٣ ومسلم ١٥٤٧ ح ١٠٩. وهذه المدة مقاربة لما ذكره الكمال.

(٤) موقوف صحيح. أخرجه عبد الرزاق في مصنفه كما في: نصب الراية ٣/ ٢٩٠ وكذا البيهقي ١٠/ ٣٤٣ كلاهما عن عبيدة السلماني صاحب علي بهذا الأثر وإسناده صحيح رجال عبد الرزاق ثقات أثبات كلهم.

وهو من جانب الرجال، فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن، حتى إذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذي ملكته بموتها، وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز البيع وإخراجها لا إلى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته، وكذا إذا كان بعضها مملوكاً له لأن الاستيلاد لا يتجزأ فإنه فرع النسب فيعتبر بأصله.

يثبت المزيل قوله: (ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطىء والموطوءة بواسطة الولد، فإن الماءين) اللذين خلق منهما (قد اختلطا) وهو جزؤهما بحيث لا تمييز، وهذه الجزئية وإن زالت بانفصال الولد لكنها بقيت حكماً ولم تنقطع لأن تلك الجزئية أوجبت نسبتها إليه بواسطة الولد وبالانفصال تقرر ذلك حتى قيل أم ولده فقد بقي أثرها شرعاً، وإليه أشار عمر فيما رواه محمد بن قارب قال: اشترى ابني أمة من رجل قد أسقطت منه فأمر عمر بردها وقال: أبعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن؟ إلا أنّ السبب يضعف بالانفصال (فأوجب حكماً مؤجلاً إلى الموت) ولما ورد على هذا التقرير أن مقتضاه أن المرأة الحرة لو ملكت زوجها العبد بعد ما ولدت له أنه يعتق بموتها لأن النسبة الكائنة بتوسط الولد مشتركة بينهما لكل من الأم والأب قسط منها. أجاب المصنف بقوله: إن بقاء الجزئية حكماً بعد الانفصال إنما هو باعتبار النسب لأنه لم يبق بعد الانفصال سواه، والنسب إلى الرجال؛ أي إلى الآباء لا إلى الأمهات (فكذا الحرية) التي تبتنى على النسب بالحاء المهملة لا بالجيم تثبت للنساء في حق الرجال لأن النسب إليهم فتفرع عليه أن الحر لو تزوّج أمة فولدت له ثم اشتراها صارت أم ولد له تعتق بموته دون العكس إذ ليس النسب إليهن، فلو ملكت الحرّة زوجها العبد بعد ما ولدت له لا يعتق بموتها ولما تعلق بالآخرة بالنسب لم تثبت الأمومة بدونه، فلو ولدت أمة لرجل بزنا ثم ملكها لا تكون أم ولد له فلا تعتق بموته. وأورد عليه ما ذكره في دعوى الأصل: أمة بين رجلين ولدت ولداً فقال: كل منهما لصاحبه هو ابنك لا يكون ابن واحد منهما وهو حرّ وأمه بمنزلة أم الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما فقد ثبتت الأمومة بلا ثبوت نسب. أجيب بأنه قد ثبت النسب في الجملة، فإنهما اتفقا على ثبوت نسبه ولذا كان حرّاً فلم تثبت دون نسب. والحق أن ثبوت الأمومة في نفس الأمر لا يكون إلا تابعاً لثبوت النسب، وأما ثبوته ظاهراً في القضاء فبكل من ثبوت نسب الولد والإقرار به وإن لم يثبت لما سيجيء فيما إذا ادعى ولد أم ولده المزوجة قوله: (وبثبوت عتق الخ) يعني قد ثبت مما ذكرنا أنه يثبت لها عتق مؤجل، ويلزم من ثبوت عتقها مؤجلاً أن يثبت لها في الحال حق العتق فيمتنع بيعها وإخراجها إلا إلى الحرية. ولقائل أن يقول: ثبوت العتق المؤجل إلى أجل معلوم ثابت في قوله: إذا جاء رأس الشهر فأنت حرّ ومع ذلك لم يمتنع البيع فله أن يبيعه قبله، ولم يلزم من ثبوت العتق إلى أجل معلوم الوقوع ثبوت استحقاقها في الحال بل عند حلول الأجل. فالحق أن استحقاقها في الحال للعتق عند الموت ليس إلا حكم النص، حيث صرح النص بأنهن لا يبعن ولا يوهبن لمعنى الجزئية التي أشار إليها عمر رضي الله عنه قوله: (وكذا إذا كان بعضها مملوكاً له والبعض الآخر مملوكاً لغيره) بأن كانت مشتركة بين اثنين فادعى أحدهما ولدها

وهو العتق فيحرم بيعها في الحال لثبوت حق الحرية فيها. فإن قيل: لو كانت الجزئية باقية حكماً لعتق من ملكته امرأته التي ولدت منه بعد موتها وليس كذلك. أجاب بقوله: (وبقاء الجزئية حكماً) ومعناه أن بقاء الجزئية حكماً عبارة عن ثبات النسب، والأصل في ثبات النسب هو الأب لأن الولد ينسب إليه والأم أيضاً بواسطة الولد يقال أم ولد فلان (فكذلك الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن). وقوله: (وكذا إذا كان بعضها مملوكاً له) يعني لو كانت الجارية مشتركة بين رجلين فاستولدها أحدهما كانت أم ولد له لأن الاستيلاد لا يتجزأ لأنه فرع مالاً يتجزأ وهو النسب فيعتبر بأصله. فإن قيل: فقد ذكر في باب العبد يعتق بعضه والاستيلاد متجزىء عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه الخ فما وجه التوفيق بين كلاميه؟. أجيب بأن معنى قوله لا يتجزأ بتملك

قوله: (أجيب بأن معنى قوله لا يتجزأ، إلى قوله: فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والمحال) أقول: فيه بحث، بل المراد لا يستقر على التجزي كما يعلم مما مر وسيجيء.

قال: (وله وطؤها واستخدامها وإجارتها وتزويجها) لأن الملك فيها قائم فأشبهت المدبرة (ولا يثبت نسب

ثبت نسبه وتصير أم ولد له، فهذان حكمان وقع التشبيه في أحدهما وهو أمومة الولد لأنه لم يسبق لثبوت النسب ذكر فقصر التعليل عليه وهو قوله: (لأن الاستيلاد لا يتجزأ) أي فيما يمكن نقل الملك فيه وهي القنة فتصير كلها أم ولد له ويضمن قيمة نصيب شريكه له، بخلاف ما إذا وقع فيما لا يقبل النقل كالمدبرة فإنه يتجزأ ضرورة عدم قبوله للنقل فيقتصر بالضرورة فلذا قدم في باب العبد يعتق بعضه أنه لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه فلا تناقض فصار الحاصل أن الاستيلاد لا يتجزأ: أي لا يكون معه بعض المستولدة مملوكاً لغير المستولد إلا لضرورة لأنه مبني على ثبوت النسب وهو لا يتجزأ. وأما احتمال أن يكون فيه روايتان فبعيد فلذا لما قال المصنف: إنه يتجزأ في باب العبد يعتق بعضه لم يجعل أثره إلا فيما إذا استولد نصيبه من مدبرة، وأما تعليل ثبوت النسب فإنما هو بوجود الدعوة في المملوكة والاتفاق على أن ملك البعض يكفي لصحة الاستيلاد قوله: (وله وطؤها واستخدامها وإجارتها وتزويجها لأن الملك قائم فيها) وهو مطلق لهذه الأمور (فأشبهت المدبرة) ومنع مالك إجارتها كبيعها وهو بعيد، وامتناع البيع لنقل ملك الرقبة لا غير وهو منتف في الإجارة ويملك كسبها وله إعتاقها وكتابتها. وأورد: ينبغي أن لا يملك تزويجها لأن توهم شغل رحمها بماء المولى قائم، وتوهم الشغل مانع من النكاح كما في المعتدة، غير أن المعتدة جعل لها الشرع حالاً يحكم فيه بالفراغ فجاز نكاحها عند وجوده ولم يجعل لأم الولد مثله سوى الاستبراء فكان ينبغي أن لا يصلح قبله. وأجيب بأن جواز النكاح كان ثابتاً قبل الوطء ووقع الشك في خروجه فلا يخرج بالشك، بخلاف المعتدة فإنها قد تحقق خروجها عن محلية نكاح الغير فلا تعود إلا بموجب وجعله الشارع انقضاء العدة الدالّ على الفراغ حقيقة فلا تزوّج قبله. ولقائل أن يقول: إذا سلم أن احتمال الشغل مانع ولا شك في ثبوته بعد الوطء لزم تحقق خروج الجواز لا وقوع الشك فيه كالعدة ووجب أن لا يزوجها إلا بعد استبرائها. والمذهب جوازه قبل الاستبراء وإنما هو بعده أفضل. واعلم أن المسئلة ذكرها المصنف في فصل المحرمات من كتاب النكاح حيث قال: وإن زوّج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لأنها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه بالدعوة، فلو صح النكاح حصل الجمع بين الفراشين إلا أنه غير متأكد حتى ينتفي ولدها بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل، فأفاد أن المانع من صحة النكاح ليس إلا الجمع بين الفراشين لا توهم الشغل، وهذا حق لما عرف من مسئلة: ما إذا رأى امرأة تزني فتزوّجها حيث يصح النكاح ويحل الوطء مع أن احتمال الشغل ثابت، لكن لما كان الحمل من الزنا ليس ثابت النسب جاز النكاح والوطء لانتفاء الجمع بين الفراشين، ولذا جاز عند أبي حنيفة ومحمد تزوّج الحامل من الزنا لانتفاء الفراش، غير أنه لا يحل وطؤها إذا كان الحمل من غيره حتى تضع وامتناع نكاح المهاجرة الحامل لثبوت نسبة دون غيرها، وحينئذ فالجواب الحق منع كون احتمال الشغل بالماء مانعاً فلذا جاز النكاح عقيب وطئها وإن كان يستحب أو يجب الاستبراء، إنما المانع الجمع

نصيب صاحبه بالضمان مع ملك نصيبه فيكمل الاستيلاد على ما يجيء بعد هذا في هذا الباب لأن نصيب صاحبه قابل للنقل بضمان المستولد لأن الاستيلاد وقع في القنة وهي قابلة للانتقال من ملك إلى ملك وما ذكره هناك من تجزي الاستيلاد فإنما فرض المسئلة في المدبرة وهي غير قابلة للنقل فكان الاستيلاد مقتصراً على نصيبه فيتجزأ الاستيلاد ضرورة فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والمحال وبأنه يحتمل أن يكون فيه روايتان عن أبي حنيفة، وذلك لأنهما جعلا الاستيلاد مقيساً عليه في أنه لا يتجزأ فكان مجمعاً عليه. ثم أجاب عنه أبو حنيفة بأنه متجزىء عنده في ذلك الباب، ومثل هذا كان لاختلاف الروايتين، كذا في النهاية. قال: (وله وطؤها واستخدامها وإجارتها وتزويجها) قد ذكرنا أن الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقتها، فكان الملك فيها قائماً كالمدبرة فجاز له أن يطأها ويستخدمها ويؤجرها ويزوّجها قبل أن يستبرئها. فإن قيل: شغل الرحم بمائه محتمل واحتمال ذلك يمنع جواز النكاح كما في المعتدة. أجيب بأن محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء وقد وقع الشك في زوالها فلا ترتفع به، بخلاف النكاح فإن المنكوحة خرجت عن محلية نكاح الغير فلا تعود إليها إلا بعد الفراغ حقيقة وذلك بعد العدة.

ولدها إلا أن يعترف به) وقال الشافعي: يثبت نسبه منه وإن لم يدّع لأنه لما ثبت النسب العقد فلأن يثبت بالوطء وأنه أكثر إفضاء أولى. ولنا أن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين

بين الفراشين القويين، وفراش أم الوليد ليس قوياً على ما صرح به في المسئلة فلا يكون مانعاً ما لم يتصل به الحمل، بخلاف المعتدة فإنها فراش حال العدة، ألا ترى أنها متعينة لثبوت نسب ما تأتي به ففي تزوّجها جمع بين الفراشين.

[فرع] إذا باع خدمة أم ولده منها عتقت كما إذا باع رقبة العبد منه؛ رواه ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى. وعن ابن سماعة عن أبي يوسف: لا تعتق، بخلاف بيع رقبتها منها حيث تعتق قوله: **(ولا يثبت نسب ولدها)** أي ولد الأمة لا أم الولد، وهذا رجوع إلى المذكور أول الباب في قوله: إذا ولدت الأمة من مولاها فلا يثبت نسبه إلا أن يعترف به وإن اعترف بوطئها، وهو قول الثوري والبصري والشعبي، ومروى عن عمر وزيد بن ثابت مع العزل. وقال الشافعي ومالك وأحمد: يثبت إذا أقرّ بوطئها وإن عزل عنها إلا أن يدعي أنه استبرأها بعد الوطء بحيضة، وهو ضعيف، فإنهم زعموا أنها بالوطء صارت فراشاً كالنكاح وفيه يلزم الولد وإن استبرأها مع أن الحامل تحيض عند مالك والشافعي فلا يفيد الاستبراء، وهم ينفصلون عن هذا بأن الغالب أن لا تحيض والأمر بالاستبراء اعتباراً للغالب فيحكم عند وجوده بعدم الحمل حكماً بالغالب، ولو وطئها في دبرها يلزمه الولد عند مالك، ومثله عن أحمد وهو وجه مضعف للشافعية قوله: **(لأنه لما ثبت)** هذا وجه قول الجمهور: في أن النسب يثبت بما تأتي به الأمة بمجرد وطئها، وهو أنه لما ثبت النسب بعقد البالغ حتى ثبت نسب ما تأتي به المنكوحة به بعد العقد وإن لم يعلم الوطء لوجوده بعد المفضي إلى الولد فثبوته بعد وطء البالغ وأنه أكثر إفضاء إلى وجود الولد أولى. وإنما قيدنا بالبالغ لأن الزوج الصبي لا يثبت به نسب وإن كان بعقد وضع للولد **(ولنا أن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع)** من قصده وهو سقوط تقوّمها عند أبي حنيفة ونقصانه عندهما فكان الظاهر عدم قصده فكان الظاهر العزل. وبه يندفع ما قيل فلا يلزمه بمجرد الوطء، وما قيل: الوطء قد يقصد به وقد لا يقصد به فلا تعين عدمه. قلنا: ولا يتعين وجوده كما قلتم فيبقى على الأصل من العدم. واعلم أن أصل دليلهم فيه المنقول من حديث عائشة رضي الله عنها قالت «اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة إلى رسول الله ﷺ: يعني في ابن وليدة زمعة، فقال سعد: يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إليّ أنه ابنه انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي، فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه فرأى شبهاً بيناً بعتبة فقال: هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة، فلم تره سودة قط» [(١)] رواه الجماعة إلا الترمذي. وأجيب بأنه ﷺ إنما قضى به لعبد بن زمعة على أنه عبد له ورثه لا على أنه أخوه، ولذا قال: هو لك ولم يقل هو أخوك، وقال: احتجبي منه يا سودة، ولو كان أخاً لها بالشرع لم يجب احتجابها منه، فهذا

وقوله: **(ولا يثبت نسب ولدها)** أي ولد الأمة رجوع إلى ما ابتدأ به أوّل الباب بقوله: إذا ولدت الأمة من مولاها لما أن ولد أم الولد يثبت نسبة من غير دعوة على ما يجيء في قوله فإن جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير إقرار، وحكم المدبرة كحكم الأمة في أنه لا يثبت النسب منها بدون دعوة المولى. وقوله: **(إلا أن يعترف به)** أي بالولد والاعتراف بالوطء غير ملزم وقال الشافعي: **(يثبت نسبه منه وإن لم يدّع لأنه لما ثبت النسب بالعقد)** أي بالنكاح الذي هو مفض إلى الوطء **(فلأن يثبت به وهو أكثر إفضاء أولى. ولنا أن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه)** أي عن طلب الولد وهو سقوط التقوّم عنده ونقصان القيمة عندهما أو عدم نجابة أولاد الإماء عندهم **(فلا بدّ من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء فإنه لا يثبت النسب فيه**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٠٥٣ و ٢٧٤٥ و ٤٣٠٣ و ٢٢٠٨ ومسلم ١٤٥٧ وأبو داود ٢٢٧٣ والنسائي ٦/ ١٨٠ وابن ماجه ٢٠٠٤ ومالك ٢/ ٧٣٩ والطيالسي ١٤٤٤ والحميدي ٢٣٨ والشافعي ٢/ ٣٠ وأحمد ٦/ ٢٤٧٢٤٦ مختصراً والدارمي ٢/ ١٥٥ وابن حبان ٤١٠٥ والدارقطني ٤/ ٢٤١ والبغوي ٢٣٧٨ والبيهقي ٧/ ٤١٢ و ٦/ ٨٦ و ١٠/ ١٥٠! و ٢٦٦ من طرق كثيرة كلهم من حديث عائشة تنبيه: عتبة بن أبي وقاص مات على شركة كما جزم بذلك الدمياطي والسفاقسي قال في الإصابة ٣/ ١٦١: لم أر من ذكره في الصحابة إلا ابن مندة، واشتد إنكار أبي نعيم عليه. وأخرجه أحمد ٦/ ٣٧ بتمامه وكذا في ٦/ ١٢٩. ٢٠٠. ٢٣٧.

من غير وطء، بخلاف العقد لأن الولد يتعين مقصوداً منه فلا حاجة إلى الدعوة **(فإن جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير إقرار)** معناه بعد اعتراف منه بالولد الأول لأنه بدعوى الولد الأول تعين الولد مقصوداً منها فصارت فراشاً كالمعقودة **(إلا أنه إذا نفاه ينتفي بقوله)** لأن فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج، بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه إلا

دفع بانتفاء لازم الأخوة شرعاً والأول باللفظ نفسه. ويدفع الأول بأن في رواية أخرى «هو أخوك يا عبد» وأما الأمر بالاحتجاب فلما رأى من الشبه البين بعتبة. ويدفع الأول بأن هذه الرواية حينئذ معارضة لرواية «هو لك» وهي أرجح لأنها المشهورة المعروفة فلا تعارضها الشاذة، والشبه لا يوجب احتجاب أخته شرعاً منه وإلا لوجب الآن وجوباً مستمراً أن كل من أشبه غير أبيه الثابت نسبه منه يجب حكماً للشبه احتجاب أخته وعمته وجدته لأبيه منه وهو منتف شرعاً. وإذن قوله «للفراش الولد» ينتفي به نسبه عن سعد بأنه ابن أخيه عن عبد بأنه أخوه: يعني أن الولد للفراش ولا فراش الواحد عن عتبة وزمعة فهو حينئذ عبد لك يا عبد ميراث لك من أبيك. واعلم أنه روي عند الإمام أحمد «أما الميراث فله، وأما أنت فاحتجبي منه فإنه ليس لك بأخ» (١) فتصريحه بأنه ليس أخاها يفيد أنه ليس أخاً لعبد بن زمعة، وبه تقوى معارضة رواية هو أخوك. وقوله «أما الميراث فله» يفيد أنه أخوهما، فإما أن يحكم بضعف الحديث لتدافع معناه، أو يجمع بأن المثبت الأخوة الشرعية والمنفى الأخوّة الحقيقية وهو أن يخلقا من ماء رجل واحد، وأن الحكم الشرعي في عدم الاحتجاب أن يترتب على الأخوة بمعنى التخلق من ماء شخص واحد مع ثبوت النسب منه، إلا أن هذا يتعذر الوقوف عليه فاعتبر ثابتاً بثبوت النسب ما لم يعارضه شبه غير المنسوب كما هو في الصورة المروية، ثم يجعل هذا إذ ليس حكماً مستمراً على ما ذكرنا خاصاً بأزواج رسول الله ﷺ لأن حجابهن منيع، وقد قال تعالى لهن ﴿لستن كأحد من النساء﴾ وعلى هذا يجب حمل الوليدة على أنها كانت ولدت لزمعة قبل ذلك ويكون قوله «الولد للفراش» يعني أم الولد، وحينئذ فقوله لك: أي مقضيّ به لك، ويكون المراد أنه أخوك كما هو الرواية الأخرى. وأما ما نقل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: ما بال رجال يطئون ولائدهم ثم يعتزلونهن، لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أنه قد ألم بها إلا ألحقت به ولدها، فاعتزلوا بعد ذلك أو اتركوا (٢). رواه الشافعي فمعارض بما روي عن عمر أنه كان يعزل عن جاريته فجاءت بولد أسود فشق عليه، فقال: ممن هو؟ فقالت: من راعي الإبل، فحمد الله وأثنى عليه ولم يلتزمه (٣) وأسند الطحاوي عن عكرمة عن ابن عباس أنه كان يأتي جارية فحملت فقال: ليس مني إني أتيتها إتياناً لا أريد به الولد. وعن زيد بن ثابت أنه كان يطأ جارية فارسية ويعزل عنها فجاءت بولد فأعتق الولد وجلدها. وعنه أنه قال لها: ممن حملت؟ فقالت منك، فقال: كذبت ما وصل إليك ما يكون منه الحمل ولم يلتزمه مع اعترافه بوطئها. والمروى عن عمر من قوله: أنه يلحق بالواطىء مطلقاً جاز لكونه علم من بعضهم إنكار من يجب عليه استلحاقه، وذلك أنا بينا أن الواطىء إذا لم يعزل وحصنها وجب عليه الاعتراف به: فقد يكون علم من الناس إنكار أولاد الإماء مطلقاً فقال لهم: إني ملحق بكم إياهم مطلقاً، وأما من علم منع الاعتدال في الأمر بأن يعترف بمن يجب عليه الاعتراف به وينفى من يجب عليه نفيه أو

بغير الدعوة بخلاف العقد لأن الولد يتعين مقصوداً منه فلا حاجة إلى الدعوة) لا يقال: النسب باعتبار الجزئية أو بما وضع لها والقصد وعدمه لا مدخل له في ذلك. لأنا نقول: لو كان ذلك مداره لثبت من الزاني وليس كذلك، وإنما النظر إلى الموضوعات الأصلية والعقد موضوع لذلك فلا يحتاج إلى الدعوة ووطء الأمة ليس بموضوع لها فيحتاج إليها **(فإن جاءت بعد ذلك بولد يثبت**

---

(١) هذا اللفظ عند الطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١١٥ عن عبد الله بن الزبير به.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه مالك ٢/ ٧٤٢ ومن طريقه الشافعي كلاهما عن عمر، ورجاله ثقات أثبات رجال البخاري ومسلم. وكرراه من وجه آخر عن عمر أيضاً، ورجاله ثقات.

(٣) هذا الأثر عن عمر غريب ولم يصح. حيث لم يذكره الطحاوي في معاني الآثار وإنما ذكر الأثر المتقدم عن عمر، وعارضه هنا بأثر ابن عباس الآتي، وكذا بأثر ورد عن زيد بن ثابت انظر معاني الآثار ٣/ ١١٦ ـ ١١٧ وقال الطحاوي: فهذا زيد وابن عباس قد خالفا ابن عمر وعمر اهـ.

باللعان لتأكد الفراش. حتى لا يملك إبطاله بالتزويج، وهذا الذي ذكرناه حكم. فأما الديانة، فإن كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به ويدعى لأن الظاهر أن الولد منه، وإن عزل عنها أو لم يحصنها جاز له أن ينفيه لأن

يجوز فإنه لا يتعرض له قوله: (فإن جاءت بعد ذلك) أي بعد أن اعترف بولدها الأول (بولد ثبت نسبه بغير إقرار) لأنه بالاعتراف بالولد الأول تبين كون الولد مقصوداً من الوطء فصارت فراشاً، وبهذا تبين أن الأولى في تعريف الفراش كون المرأة مقصوداً من وطئها الولد ظاهراً كما في أم الولد، فإنه إذا اعترف به ظهر قصده إلى ذلك أو وضعا شرعياً كالمنكوحة وإن لم يقصد الولد يثبت نسب ما تأتي به فإنها حينئذ تكون متعينة لثبوت نسب ما تأتي به وهو الذي عرّفوا به الفراش وظهر أن ليس الفرش ثلاثة كما تقدم في فصل المحرمات بل فراشان: قوي وهو فراش المنكوحة، وضعيف وهو فراش أم الولد بسبب أن ولدها وإن ثبت نسبه بلا دعوة ينتفي نسبه بمجرد نفيه، بخلاف المنكوحة لا ينتفي نسب ولدها إلا باللعان، وقد صرح المصنف فيما تقدم فقال: لأن الأمة ليست بفراش لمولاها، وذلك لعدم صدق حدّ الفراش عليها وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ما تأتي به أو كونها يقصد بوطئها الولد إلى آخر ما قلناه، ومن الدلالة على ضعفه كونه يملك نقله بالتزويج، بخلاف المنكوحة، وعلى هذا ينبغي أنه لو اعترف فقال: كنت أطأ بقصد الولد عند مجيئها بالولد أن يثبت نسب ما أتت به وإن لم يقل هو ولدي لأن ثبوته بقوله: هو ولدي بناء على أن وطأه حينئذ بقصد الولد. وعلى هذا قال بعض فضلاء الدرس: ينبغي أنه إذا أقر أنه كان لا يعزل عنها وحصنها أن يثبت نسبه من غير توقف على دعواه وإن كنا نوجب عليه في هذه الحالة الاعتراف به فلا حاجة إلى أن يوجب عليه الاعتراف ليعترف فيثبت نسبه بل يثبت نسبه ابتداء، وأظن أن لا بعد في أن يحكم على المذهب بذلك. وفي المبسوط: إنما يملك نفيه: أي نفي ولد أم الولد إذا لم يقض القاضي به أو لم يتطاول الزمان، فأما بعد القضاء فقد لزمه بالقضاء فلا يملك إبطاله، والتطاول دليل إقراره لأنه يوجد منه فيها دليل إقراره من قبوله التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح بإقراره واختلافهم في التطاول سبق في اللعان. هذا وإنما يثبت نسب ما تأتي به في حال حل وطئها له بعد الولد، أما لو عرض بعده حرمة مؤبدة بأن وطئها أبو سيدها أو ابنه أو وطىء السيد أمها أو ابنتها أو حرمت عليه برضاع أو بكتابة فإنه لا يثبت نسبه منه إلا باستلحاقه. ولا يخفي أنه يجب أن يفصل بين أن تأتي به لأقل من ستة أشهر من حين عروض الحرمة أو لتمامها، ففي الأول يجب أن يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بأن العلوق كان قبل عروض الحرمة. ولو أعتقها ثبت نسب ولدها منه إلى سنتين من يوم الإعتاق، وكذا إذا مات لأنها معتدة، ولا يمكن نفيه لأن فراشها تأكد بالحرية حتى لا يملك نقله فالتحق بفراش المنكوحة في العدة، بخلاف ما لو عرضت الحرمة بحيض أو نفاس أو صوم أو إحرام حيث يثبت نسبه بالسكوت لأن الفعل لم يحرم مطلقاً ولا متعلقاً باختيارها بل مع ذلك العارض الذي عرض لا باختيارها المنقضي عادة بلا اختيارها قوله: (وهذا الذي ذكرناه) يعني من عدم لزومه الولد وإن اعترف بالوطء ما لم يدّعه (حكم) أي في القضاء: يعني لا يقضي عليه بثبوت نسبه منه بلا دعوة، فأما الديانة فيما بينه وبين ربه تبارك وتعالى فالمروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إن كان حين وطئها لم يعزل عنها وحصنها عن مظانّ ريبة الزنا يلزمه من قبل الله تعالى أن يدعيه بالإجماع، لأن الظاهر والحالة هذه كونه منه، والعمل بالظاهر واجب، وإن كان عزل عنها حصنها أولاً أو لم يعزل ولكن لم يحصنها فتركها تدخل وتخرج بلا رقيب مأمون جاز له أن ينفيه (لأن هذا الظاهر) وهو كونه منه بسبب أن الظاهر عدم زنا المسلمة (يقابله) أي يعارضه (ظاهر آخر) وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين على ذلك وهما العزل أو عدم التحصين، وبهذا

نسبه من غير إقرار إذا كان قد اعترف بالولد الأول لأنه بدعوى الأول تعين الولد مقصوداً منها فصارت فراشاً كالمعقودة إلا أنه نفاه ينتفي بقوله) من غير لعان ما لم يقض القاضي به أو لم تتطاول المدة، فأما بعد قضاء القاضي فقد ألزمه به على وجه لا يملك إبطاله، وكذلك بعد التطاول لأنه يوجد منه دليل الإقرار في هذه المدة من قبول التهنئة ونحوه، وذلك كالتصريح بالإقرار، واختلافهم في مدة التطاول قد سبق في اللعان. وقوله: (لأن فراشها ضعيف) واضح. قوله: (وهذا الذي ذكرناه) أي عدم ثبوت

هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر، هكذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله، وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف وعن محمد

ظهر أن لفظة أو في قوله: وإن عزل عنها أو لم يحصنها أولى من الواو لتنصيصها على المراد. وصرح في المبسوط بذلك حيث قال: فأما إذا عزل عنها أو لم يحصنها فله أن ينفيه اهـ. ولا شك في أن كونه من غيره عند ضبطه العزل ظاهر، وأما ظهور كونه من غيره إذا أفضى إليها ولم يعزل عنها محل نظر، بل أورد أن المصنف علل وجوب الغسل بالتقاء الختانين من غير إنزال بأنه سبب الإنزال ونفسه يتغيب عن بصره، وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه فيقتضي هذا ثبوت النسب الوطء وإن لم ينزل وإلا تناقض. ولا يخفى أنه لا أحد يقول: بثبوت نسب ما تأتي به الأمة بمجرد غيبوبة الحشفة بلا إنزال، بل أنه يثبت عزل عنها أو لم يعزل، وهذا فرع الإنزال. وحينئذ فالمذكور في الغسل بيان حكمة النص فإنه قد نص على إيجاب الغسل بمجرد الإيلاج فظهر من الشرع فيه غاية الاحتياط ولم يثبت من الشرع مثله في الاستلحقاق، بل لا يجوز أن يستلحق نسب من ليس منه كما لا يجوز أن لا يستلحق نسب من هو منه فكان أمر الاستلحاق مبنياً على اليقين أو الظهور الذي لا يقابله ما يوجب شكاً قوله: **(وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف وعن محمد)** ذكرهما في المبسوط فقال: وعن أبي يوسف إذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أو لم يعزل حصنها أو لم يحصنها تحسيناً للظن بها وحملاً لأمرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه، وهذا كمذهب الشافعي والجمهور لأن ما ظهر سببه يكون محالاً به عليه حتى يتبين خلافه. وعن محمد لا ينبغي أن يدعي ولدها إذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغي أن يعتق الولد. وفي الإيضاح ذكرهما بلفظ الاستحباب فقال: قال أبو يوسف: أحبّ أن يدعيه، وقال محمد: أحبّ أن يعتق الولد فهذا يفيد الاستحباب، وعبارة المبسوط تفيد الوجوب قوله: **(فإن زوّجها المولى فجاءت بولد)** يعني من الزوج **(فهو في حكم أمه)** حتى لا يجوز للسيد بيعه ولا هبته ولا رهنه ويعتق بموته من كل المال ولا يسعى لأحد، وله استخدامه وإجارته، إلا أنه كان جارية لا يستمتع بها لأنه وطىء أمها، وهذه إجماعية وهي واردة على إطلاقه حيث قال: هو في حكم أمه، وهذا لأن الصفات القارة في الأمهات تسري إلى الولد لأنه جزؤها فيحدث الولد على صفتها كالتدبير، ولهذا كان ولد القنة قناً، وولد الحرة حراً وإن كان أبوه بخلافه، ولو ادعاه لا يثبت نسبه منه لأنه ثابت النسب من الزوج لأن فراشه أقوى، وإن كان النكاح فاسداً فإنه يلحق بالصحيح في حق الأحكام، وهذا إذا اتصل به الدخول، والنسب لا يتجزأ ثبوتاً فلا يثبت من المولى، والأوجه الاقتصار على قوة الفراش فلا يثبت معه المرجوح، وإلا فالولد يثبت من اثنين كما سيذكر، وقول المصنف: لأن الفراش له يقتضي أن لا فراش للمولى حال كونها زوجة للغير أصلاً، وهذا إذا جاءت به لستة أشهر من النكاح، فإن جاءت به لأقل فهو ابن للسيد والنكاح فاسد، ويستحب بل يجب أن لا يزوجها حتى يستبرئها بحيضة احتياطاً، ولو لم يفعل صح النكاح ويثبت نسب الولد من الزوج ثم يعتق بدعوة المولى وإن لم يثبت نسبه منه لإقراره بحريته حيث اعترف بأنه ابنه فإن ابنه من أمته يعلق حراً كما تقدم غير أنه عارضه في ثبوت النسب منه معارض أقوى منه فلم يثبت نسبه به ولم يعارضه في ثبوت الحرية به ذلك فأخذ بزعمه. ولم يستحسن قول المصنف: وتصير أم ولد له لأن الكلام في تزويج أم الولد، وإنما يستحسن لو كان في تزويج الأمة التي ليست أم ولد كالصورة المذكورة في المبسوط: زوّج أمته من عبده فولدت فادعاه لا يثبت نسبه

نسب ولد الأمة بدون الدعوة **(حكم)** قضاء القاضي **(فأما الديانة)** يعني فيما بينه وبين الله تعالى، فالاعتراف به والدعوى إن وطئها وحصنها ولم يعزل عنها، والمراد بالتحصين هو أن يحفظها عما يوجب ريبة الزنا، وقوله: **(لأن هذا الظاهر)** وهو أن الولد منه عند

قوله: **(وقوله لأن هذا الظاهر)** أقول: المراد هو كونه منه بسبب أن الظاهر عدم زنا المسلمة يعارضه ظاهر آخر وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين، وأما ما ذكره الشارح ففيه ما لا يخفى.

رحمهما الله ذكرناهما في كفاية المنتهى (فإن زوّجها فجاءت بولد فهو في حكم أمه) لأن حق الحرية يسري إلى الولد كالتدبير؛ ألا ترى أن ولد الحرة حرّ وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لأن الفراش له وإن كان النكاح فاسداً إذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الأحكام، ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لأنه ثابت النسب من غيره، ويعتق الولد

منه، ولكن تصير أم ولد له تعتق بموته لأنه أقرّ لها بحق الحرية، وقد تكلف له أن قوله: وولد القنة قن ابتداء وما بعده بناء عليه فكأنه قال: ولد القنة قن ونسبه يثبت من الزوج إذا زوّجها مولاها، وحينئذ يستقيم إلا أنه خلاف الظاهر، لأنه إنما ذكر لبيان سراية وصف الأم إلى الولد فيكون ابن أم الولد بمنزلتها قوله: (ويعتق الولد) أي ولد أم الولد المزوّجة الذي ادعاه بعتق لأنه ملكه وهو يزعم أنه ابنه (وتصير أمه أم ولد له) تعتق بموته لأنه أقرّ لها بحق الحرية حيث ادعى أن ولدها منه وعتق الولد ظاهر بل قد اعترف بأنه علق الولد حراً من الأصل. فإن قيل: فكيف تثبت أمومية الولد مع عدم ثبوت النسب وهي مبنية عليه؟ أجيب بأن مجرد الإقرار بالاستيلاد كاف لثبوت الاستيلاد وإن كان في ضمن ما لم يثبت، وهذا ما تقدم وعده مع أنّ احتمال كونه من السيد قائم لجوازه بوطء قبل النكاح، إلا أنه لم يظهر هذا الاحتمال في حق ثبوت النسب لثبوته من الزوج فبقي معتبراً في الأم لحاجتها إلى الأمومية الموصلة إلى العتق قوله: (وإذا مات المولى عتقت) يعني أم الولد (من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب «أن النبي ﷺ أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث») [1] وفي نسخة مكان لا يبعن «لا يسعين»، وهو الموافق لتعليله ولا سعاية الخ بقوله (لما

التحصين وعدم العزل (يقابله) أي يعارضه (ظاهر آخر) وهو العزل أو ترك التحصين. وقوله: (وفيه روايتان أخريان) في بعض النسخ أخروان وليس بصحيح. وقوله: (عن أبي يوسف وعن محمد) قيل فائدة تكرار «عن» دفع وهم من يتوهم أن الروايتين عنهما باتفاقهما فإنه ليس كذلك، وإنما عن كل واحد منهما رواية تخالف رواية الآخر، فأما رواية أبي يوسف فهي أنه إذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أو لم يعزل، حصنها أو لم يحصنها تحسيناً للظن بها وحملاً لأمرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه، وأما رواية محمد فهي أنه لا ينبغي له أن يدعيه إذا لم يعلم أنه منه، ولكن ينبغي له أن يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لأن استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعاً فيحتاط من الجانبين، وذلك في أن لا يدعي النسب، ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته لاحتمال أن يكون منه. وما ذكره أبو حنيفة هو الأصل لأنه إذا وطئها ولم يعزل وحصنها فالظاهر أن الولد منه فيلزمه أن يدعي، وإن لم يحصن أو عزل فقد وقع الاحتمال فلا يلزمه الاعتراف بالشك (فإن زوّجها فجاءت بولد فهو في حكم أمه) لأن الأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد والنسب يثبت من الزوج لأن الفراش له بالنكاح وإن كان النكاح فاسداً بعد ما اتصل به الدخول لأن الفاسد ملحق بالصحيح في حق الأحكام، ومن الأحكام ثبوت النسب وعدم جواز البيع والوصية، وإذا كان الفاسد منه ملحقاً بالصحيح كان أقوى من فراش أم الولد. وقوله: (ولو ادعاه المولى) معناه إذا زوّج المولى أمته فولدت فادعاه المولى لا يثبت النسب منه لأنه ثابت النسب من غيره، ويعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لإقراره، وإنما فسرنا كلامه بذلك ليستقيم قوله وتصير أمه أم ولد له لأن أمومية أم الولد ثابتة قبل هذه الدعوة فلا يستقيم حينئذ قوله وتصير أمه أم ولد له، هكذا نقل عن فوائد مولانا حميد الدين الضرير. فإن قيل: ينبغي أن لا تصير أمه أم ولد لمولاه لأن أمية الولد مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد، فإذا لم يثبت الأصل منه كيف يثبت الفرع؟ أجيب بأن مجرد الإقرار بالاستيلاد كاف لثبوته،

---

(١) غريب بهذا اللفظ. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٨٨ وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٨٧: لم أجده اهـ.
وذكر الزيلعي أحاديث أخرىٰ في هذا الشأن، وتبعه ابن حجر، وتعقبهما ابن الهمام بأن هذه الروايات لا تفي بالمقصود ثم قال: ورواه عبد الملك ابن حبيب المالكي عن ابن المسيب وعبد الملك متكلم فيه اهـ.
وأما الحافظ قاسم بن قطلوبغا، فتعقب ابن حجر في قوله لم أجده بأن محمد بن الحسن رواه في الأصل اهـ.
قلت: أما رواية محمد فلا يدرىٰ هل هي بإسناد، أو بلا إسناد، وأما رواية عبد الملك، فهو واه جاء في التقريب: صدوق ضعيف الحفظ كثير الغلط اهـ. فالخبر غير قوي على كل حال.

وتصير أمه أم ولد له لإقراره (وإذا مات المولى عتقت من جميع المال) لحديث سعيد بن المسيب «أن النبيّ ﷺ أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث». ولأن الحاجة إلى الولد أصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين، بخلاف التدبير لأنه وصية بما هو من زوائد الحوائج (ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء) لما روينا،

روينا) أي لأنه ﷺ نفي السعاية عنها حيث قال «وأن لا يسعين» وما قيل «وأن لا يبعن» يدل على عدم وجوب السعاية لأن عدم جواز البيع يدل على عدم المالية الخ منقوض بالمدبر، ثم لم يعرف هذا الحديث، والشيخ جمال الدين الزيلعي بعد ذكره أنه غريب قال: وفي الباب أحاديث، وساق كثيراً مما قدمنا ما ليس فيه زيادة على أنها لا تملك وتعتق بالموت، ولا يخفى أن كلها في غير المقصود، فإن المقصود أنها تعتق من كل المال وليس في شيء منها ذلك، فإن عتقها لا يستلزم كونها من كل المال كالمدبر يعتق بالموت ولا يكون من كله، وقد رواه عبد الملك بن حبيب المالكي في كتابه عن سعيد بن المسيب إلا أن جماعة تكلموا في عبد الملك [1]. قوله: (ولأن الحاجة إلى الولد أصلية) كحاجته إلى الأكل: أي وحاجته إلى أمه مساوية لحاجته إلى الولد ولهذا جاز استيلاده جارية ابنه بغير إذنه إذنه لحاجته إلى وجود نسله كما جاز له أكل ماله للحاجة وحاجته الأصلية مقدمة على الدين فلا تسعى للغرماء وعلى الإرث فلا تسعى للورثة فيما زاد على الثلث إذا لم تخرج منه فصار إعتاقها كالدفن والتكفين (بخلاف التدبير لأنه وصية بما هو من زوائد الحوائج) لامن الأصلية، إذ ليس ثم نسبَ ولد يتبعه أمومة فلا يقدم عتق المدبر على الدين ولا على حق الورثة فيعتق من الثلث، فإن لم يسعه سعي في باقي قيمته، ولو كان دين السيد مستغرقاً سعى في كل قيمته على ما سلف قوله: (ولأنها) أي أم الولد (ليست بمال متقوّم) عند أبي حنيفة على ما تقدم (حتى لا تضمن بالغصب عنده) يعني إذا ماتت عند الغاصب حتف أنفها. بخلاف المدبر إذا مات عند الغاصب فإنه يضمن، وكذا لا تضمن بالقبض في البيع الفاسد ولا بالإعتاق بأن كانت أم ولد بين اثنين فأعتقها أحدهما لا يضمن لشريكه شيئاً ولا تسعى هي في شيء أيضاً، وعندهما تضمن في ذلك كله بخلافَ المدبر، وإنما تضمن بما يضمن به الصبي الحرّ عند أبي حنيفة بأن ذهب بها إلى طريق فيها سباع فأتلفتها،

وإن كان الإقرار في ضمن شيء لم يثبت ذلك الشيء لمصادفة إقرار المولى في محله وهو الملك، وهذا لاحتمال أن يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح أوبشبهة بعد النكاح، إلا أن هذا الاحتمال غير معتبر في حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنائه عن النسب فبقي معتبراً في حق الأم لاحتياجها إلى أن تصير أم ولد. قال: (وإذا مات المولى عتقت من جميع المال) سواء كان زوجها أولا لما رواه محمد بن الحسن من حديث سعيد بن المسيب «أن النبي ﷺ أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث» ومعنى قوله أمر حكم لا الأمر المصطلح فإنهن يعتقن بعد الموت كما تقدم وإنما نكر الدين نفياً للسعاية للغرماء والورثة ولا يجعل من الثلث تأكيد لأنه فهم ذلك من قوله وأن لا يبعن في دين، ولأن الحاجة إلى الولد أصلية لأن الإنسان يحتاج إلى إبقاء نسله كما أنه يحتاج إلى إبقاء نفسه، وكل ما كان من الحوائج الأصلية يقدّم على حق الورثة والغرماء كالتجهيز والتكفين (بخلاف التدبير لأنه وصية بما هو من زوائد الحوائج) قوله: (ولا سعاية عليها) أي على أم الولد (في دين المولى للغرماء لما بينا) أن الحاجة إلى الولد أصلية الخ، وفي بعض النسخ لما روينا يعني من حديث سعيد بن المسيب. ووجه ذلك أنه لما قال «ولا يبعن» دلّ على انتفاء المالية، وإذا عدمت ماليتها لم يبق عليها سعاية. وقوله: (ولأنها) يعني أم الولد (ليست بمال متقوّم) حتى لو غصبها رجل وماتت عنده لا يضمنها الغاصب عند أبي حنيفة لأن ماليتها غير متقوّمة عنده وقد تقدم (فلا يتعلق

قوله: (وإنما نكر الدين نفياً للسعاية إلخ) أقول: فيه أنه ليس في السعاية بيع فلا يفيد تنكير الدين ما ذكره. نعم لو كان التعبير لا يسعين لتم ما ذكره قوله: (ولا يجعلن من الثلث إلخ) أقول: ممنوع فإن المدبر لا يباع في دين ويجعل من الثلث.

---

(١) تقدم في الذي قبله.

ولأنها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص، بخلاف المدبر لأنه مال متقوّم (وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية. وقال زفر رحمه الله: تعتق في الحال والسعاية دين عليها، وهذا الخلاف فيما إذا عرض على المولى الإسلام فأبى، فإن أسلم تبقى على حالها. له أن إزالة الذل عنها بعد ما أسلمت واجبة وذلك بالبيع أو الإعتاق وقد تعذر

وأجمعوا أنها تضمن بالقتل لأنه ضمان دم وإذا لم تكن مالاً متقوماً (لا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص) يعني إذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لأصحاب الديون أن يطالبوا من عليه القصاص بدينهم لأن القصاص ليس مالاً متقوماً حتى يأخذوا بمقابلة ما وجب عليه من القصاص مالاً. وقيل معناه إذا قتل المديون شخصاً لا يقدر الغرماء على منع وليّ القصاص من قتله قصاصاً. وقيل: معناه إذا قتل رجلاً مديوناً وعفا المديون قبل موته صح، وليس لأرباب الديون أن يمنعوه من العفو. وقيل: إذا قتل شخص من وجب عليه القصاص لا يضمن القاتل لولي القصاص شيئاً لأنه ليس حقاً مالياً والأقرب المتبادر الأوّل قوله: (وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) يعني إذا أسلمت فعرض الإسلام على مولاها فأبى فإنه يخرجها القاضي عن ولايته بأن يقدّر قيمتها فينجمها عليها فتصير مكاتبة إلا أنها لا تردّ إلى الرق ولو عجزت نفسها، لأنها لو ردت إلى الرق ردت إلى الكتابة لقيام إسلامها وهو الموجب فلا فائدة في إثبات حكم التعجيز، وعلى هذا إذا أسلم مدبر النصراني وتسمية مثل هذا دوراً على التشبيه وإلا فاللازم ليس إلا ما ذكرنا من عدم الفائدة، وهذا بحسب الظاهر أنها لا تقدر إلا كذلك وإلا لو وجدت المال في الحال لم يحتج إلى ذلك وقال زفر: (تعتق للحال) أي لحال إباء مولاها الإسلام (والسعاية دين عليها) تطالب بها وهي حرة، فإن أسلم عند العرض فهي على حالها بالاتفاق، بخلاف ما لو أسلم بعده. وقال مالك والظاهرية: تعتق مجاناً. وقال الشافعي وأحمد: يحال بينهما فلا يمكن من الخلوة بها فضلاً عن انتفاع من الانتفاعات ويجبر على نفقتها إلى أن يموت فتعتق بموته أو يسلم فتحل له. وجد قول زفر: إن النظر ودفع الضرر عن الذمي واجب لذمته وعن المسلم لإسلامه وذلك في إعتاقها بالقيمة له، بخلافه مجاناً كما قال مالك، فإنه إهدار ما يجب له من النظر إذا أمكن. وأما قول الشافعي: ففيه زيادة إضرار به من إيجاب النفقة بلا انتفاع مع إمكان دفعه عنه. قلنا: الأمر لا كما ذكرت غير أن قولنا: أدفع للضرر عنه وعنها، فإنه لا يصل إلى البدل عقيب عتقها لأنها تعتق مفلسة، وربما تتوانى في الاكتساب إذا كان مقصود العتق قد حصل لها قبله فيتضرر الذمي لذلك وتتضرر هي بشغل ذمتها بحق ذمي وربما تموت قبل إيفائها حقه، وقد قال علماؤنا: خصومة الذمي والدابة يوم القيامة أشد من خصومة المسلم، بخلاف ما إذا وقف عتقها على الأداء فإنه حامل على الإيفاء فكان اعتبارنا أولى إذ كان أنظر للجانبين. وقوله: (ومالية أم الولد الخ) جواب سؤال يرد على أبي حنيفة في قوله: بنفي مالية أم الولد هو أنها كيف تسعى في قيمتها ولا قيمة لها لانتفاء المالية عندك فقال الذمي: يعتقد تقوّمها (فيترك وما يعتقده) أي مع ما يعتقده. ولأنا أمرنا بذلك فقد أمرنا باعتبارها متقوّمة في حقه، وقد تقدم أن قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة مع الخلاف فيه، ولو

بها حق الغرماء كالقصاص) فإن من له القصاص إذا مات وهو مديون ليس لأرباب الديون أن يأخذوا من عليه القصاص بدينهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونهم لأن القصاص ليس بمال متقوّم حتى يأخذوا منه بمقابلته شيئاً متقوّماً، وكذا إذا قتل المديون شخصاً لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من استيفاء القصاص، وكذا إذا قتل رجل مديوناً والمديون قد عفا لا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو (وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) وهي ثلث قيمتها قنة على ما تقدم وكلامه واضح. واستشكل القول بالسعاية عليها عند أبي حنيفة مع أن مالية أم الولد غير متقوّمة عنده، فإن القول بالسعاية قول بالتقوم إذ السعاية بدل ما ذهب من ماليتها. قوله: (ومالية أم الولد يعتقدها الذمي متقوّمة فيترك وما يعتقده)

قوله: (وإذا عدمت ماليتها لم يبق عليها سعاية) أقول: سنقوض بالمدبر فإنه لا يباع للحديث ويسعى كما مر.

البيع فتعين الإعتاق. ولنا أن النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لأنه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرّة يداً والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلاً لشرف الحرية فيصل الذمي إلى بدل ملكه، أما لو أعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ومالية أم الولد يعتقدها الذمي متقوّمة فيترك وما يعتقده، ولأنها إن لم تكن متقوّمة فهي محترمة،

سلم أنها ليست متقوّمة مطلقاً فهي محترمة، وهذا يكفي لإيجاب الضمان، وإن لم يكن المضمون مالاً كما في القصاص المشترك بين مستحقين إذا عفا أحد الأولياء المستحقين له يجب المال للباقين لأنه احتبس نصيبهم عند القاتل بعفو من عفا، وليس نصيبهم حقاً مالياً بل حق محترم فيلزمه بدله بمنزلة إزالة ملكه بلا بدل فيتضرر الذمي إلا أن هذا لو تم استلزم التضمين بغصب المنافع وغصب أم الولد حيث اعتبر للضمان مجرد الاحترام. ووجه أيضاً بأن بدل الكتابة بمقابلة ما ليس بمال وهو فك الحجر فلم تدل السعاية على تقوّم أم الولد، وأنت سمعت في العتق على جعل وجه كون ذلك المال عند أبي حنيفة بدل ما هو مال فارجع إليه، وأن كونه بدل ما ليس بمال قول محمد قوله: **(وإذا مات مولاها النصراني عتقت)** وسقطت عنها السعاية **(لأنها أم ولد له)** قوله: **(ومن استولد أمة غيره بنكاح)** يعني تزوّج أمة لغيره فولدت له **(ثم ملكها صارت أم ولد)** بذلك الولد الذي ولدته بعقد النكاح ولو كان نكاحاً فاسداً وهو قول أحمد في رواية وقال الشافعي: **(لا تصير أم ولد له)** وهو قول مالك، وعلى هذا الخلاف لو جاءت به من وطء بشبهة فملكها، ثم عندنا تصير أم ولد له من وقت ملكها لامن وقت العلوق، وعند زفر من وقت ثبوت النسب منه لأن أمومية الولد عند الملك بالعلوق السابق فبعد ذلك العلوق كل من ولد لها ثبت له حق الحرية، ونحن نقول: إنما ثبت فيها وصف الأمية بعد الملك وإن كان بأمر متقدم فقبله الولد منفصل ولا سراية في المنفصل قبل الأمومة. ويتفرع على هذا أنه لو ملك ولداً لها من غيره قبل أن يملكها له بيعه عندنا خلافاً له لأنه ليس ابن أم ولد له، بخلاف ما لو ملك ولده منها قبل ملكها فإنه يعتق عليه اتفاقاً. وفي المبسوط: لو طلقها فتزوّجت بآخر فولدت منه ثم اشترى الكل صارت أم ولد له وعتق ولده وولدها من غيره يجوز بيعه خلافاً لزفر، بخلاف الحادث في ملكه من غيره فإنه في حكم أمه، ولو استولدها بملك اليمين ثم استحقت أو بنكاح على أنها حرّة فظهرت أمة تصير أم ولد له عندنا. وللشافعي فيه قولان: في قول تصير أم ولد له، وفي آخر لا تصير أم ولد له **(وهو ولد المغرور)** وهو حرّ بالقيمة يوم الخصومة قوله: **(له)** أي للشافعي **(أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما إذا علقت من الزنا ثم ملكه الزاني، وهذا لأن أمومة الولد باعتبار علوق الولد حراً)** وإنما قلنا: إن الأمومة باعتبار علوق الولد حراً **(لأنه جزء الأم في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل)** وهو حر، فلا بد

جواب عن هذا الإشكال. وقوله: **(ولأنها)** يعني مالية أم الولد **(إن لم تكن متقوّمة فهي محترمة وهذا)** أي كونها محترمة **(يكفي لوجوب الضمان)** جواب آخر لذلك الإشكال. واعترض عليه بأن الاحترام لو كان كافياً لوجوب الضمان لوجب على غاصب أمّ الولد. وأجيب بأن مبنى الضمان في الغصب على المماثلة، ولا مماثلة بين ماليتها لانتفاء تقوّمها وبين ما يضمن به من المال

قال المصنف: **(وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حراً)** أقول: قال الزيلعي: ولا معتبر بما ذكر من حرية الجنين، لأنه لو أعتق ما في بطنها لم يثبت لها حق العتق ولا حقيقته، ولو كان لأجل الاتصال بها لثبت اهـ. وفيه بحث لأن الشافعي يعتبر في أمومية الولد علوق الولد حراً وفي إعتاق الجنين علوق رقاً، وكم بين حال الابتداء والبقاء، ثم إن المولى بإعتاقه منفرداً جعله شخصاً على حدة وأخرجه عن حكم الجزئية فغلب جهة الانفصال على جهة الاتصال فليتأمل قال المصنف: **(فثبتت الجزئية بهذه الواسطة)** أقول: قال ابن الهمام: يشكل على تعليلنا ما إذا ادعى نسب ولد أمته التي زوجها من عبده فإن نسبه إنما يثبت من العبد لا من السيد وتصير أم ولد له. وجوابه أن ثبوت الأمومية لإقراره بثبوت النسب منه وإن لم يصدقه الشرع فكان دائراً مع ثبوت النسب شرعاً أو اعترافاً اهـ. وفيه بحث لأن ولد الزنا كيف كان لا يثبت نسبه بالاعتراف؟ وجوابه أن ذلك ثبت بالاستحسان على خلاف القياس إذ المراد بالاعتراف وهو الإقرار المصادف محله وهو الملك قال المصنف: **(وإذا وطيء جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه)** أقول: ولصحة هذه الدعوى شرائط مذكورة في شرح الكنز للزيلعي.

وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك إذا عفا أحد الأولياء يجب المال للباقين (ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية) لأنها أم ولد له، ولو عجزت في حياته لا تردّ قنة لأنها لو ردّت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب (ومن استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له) وقال الشافعي رحمه الله: لا تصير أم ولد له، ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا، وله فيه قولان وهو ولد المغرور. له أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما إذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني، وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حراً لأنه جزء الأم في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل. ولنا أن السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل، والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد إلى كل

أن تستحق هي الحرية. واعترض من قصر نظره على خصوص المذكور بأن الرق في أم الولد مستمر إلى موت سيدها، والولد علق حراً فقد خالف الجزء الكل، وهذا لأنه جزء منفصل وليس كالمتصل، وتمام تقرير المذكور يدفع هذا الاعتراض، وإنما اقتصر المصنف اقتصاراً للعلم ببقية التقرير. وحاصل الوجه المذكور أن جزأها حرّ ومقتضاه حريتها، إذ لا يخالف الجزء الكل، إلا أن الاتصال بعرضية الانفصال والولد وإن كان جزءاً حالة الاتصال لكنه جعل كشخص على حدة في بعض الأحكام حتى جاز إعتاقه دونها فثبت به حق الحرية عملاً بشبهي الجزئية وعدمها لما تبقى منها في الحال، وهذا المعنى لا يوجد إذا علقت برقيق، وتأيد هذا بقوله: ﷺ «أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرّة بعد موته» وتقدم الحديث فشرط في ثبوت حق العتق أن تلد من سيدها وهذه ولدت من زوجها (ولنا أن سبب الأمومة) في محل الإجماع وهو الأصل (هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل) يعني عند قوله أول الباب ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطىء والموطوءة بسبب الولد (والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد إلى كل منهما كملاً) فتثبت الجزئية بناء على ثبوت النسب، فثبوت استحقاق الحرية بناء على ثبوت الجزئية الثابت بناء على ثبوت النسب وهو ثابت في الزوج فتثبت الأمومة (بخلاف الزنا فإنه لا نسب يثبت للولد من الزاني) فلا تصير الأمة التي جاءت بولد من الزنا إذا ملكها الزاني أم ولد له استحساناً، خلافاً لزفر حيث قال: تصير أم ولد له وهو القياس. فإن قيل: فكان ينبغي أن لا يعتق الولد إذا ملكه أبوه من الزنا إذا كان لا يثبت نسبه منه. أجاب بقوله: (وإنما يعتق على الزاني إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره) أي نظير أم الولد من الزنا حيث لا تعتق عليه لعدم انتسابه إلى أبيه (من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق) عليه لأنه لا ينسب إليه بغير واسطة بل (بواسطة نسبته إلى الوالد) وهي غير ثابتة حتى لو كانت ثابتة عتق كما إذا كان أخاه لأمه فصار الحاصل أن الأمومة تتبع ثبوت النسب عند الملك. والعتق المنجز يتبع حقيقة الجزئية عند الملك أو ثبوت الانتساب إليه بواسطة ثابتة، وقوله ﷺ «أيما أمة»[1] الحديث، ليس فيه قصر الأمومة على السيد بل إنها تثبت منه غير متعرض لنفيها

المتقوّم، وهذا على طريقة تخصيص العلل وقد تقدم الكلام في مثله. وقوله: (كما في القصاص المشترك) يعني إذا كان القصاص مشتركاً بين جماعة وعفا أحدهم يجب المال للباقين، وإن لم يكن القصاص مالاً متقوّماً لكنه حق محترم فجاز أن يكون موجباً للضمان لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعفو أحدهم (ولو مات مولاها) وهو النصراني (عتقت بلا سعاية لأنها أم ولد ولو عجزت في حياته لا ترد قنة، لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب) وهو إسلامها مع كفر مولاها. وقوله: (ولو استولدها) صورة المسئلة ظاهرة. وتقرير وجه الشافعي هذه علقت برقيق وهو ظاهر: ومن علقت برقيق لا تصير أم ولد لمن علقت منه، لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرّاً لأنه جزء الأم في تلك الحالة: أي في حالة العلوق والجزء لا يخالف الكل. وفي صورة النزاع ليس كذلك لأن الأم رقيقة لمولاها في تلك الحالة: أي في حالة العلوق، فلو انعلق الولد حراً كان الجزء مخالفاً للكل. وقوله: (كما إذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني) أنها لا تكون أم ولد لكون العلوق ليس من مولاها، قيل في كلامه تسامح لأن قوله هذا يدل على أن علة الاستيلاد كون العلوق من مولاها ولهذا لا يثبت إذا علقت من الزنا. وقوله: (وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق

---

(١) تقدم في الجزء السادس وإسناده واه تفرد به حسين الهاشمي.

واحد منهما كملاً وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة، بخلاف الزنا لأنه لا نسب فيه للولد إلى الزاني، وإنما يعتق على الزاني إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة. نظيره من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق لأنه ينسب إليه بواسطة نسبته إلى الولد وهي غير ثابتة **(وإذا وطىء جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها)** وقد ذكرنا المسألة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب، وإنما لا يضمن قيمة الولد لأنه انعلق حرّ الأصل لاستناد الملك إلى ما قبل الاستيلاد **(وإن وطىء أبو الأب مع بقاء الأب لم يثبت النسب)** لأنه لا ولاية للجد حال قيام الأب **(ولو كان ميتاً ثبت من الجد كما يثبت من الأب)** لظهور ولايته عند فقد الأب، وكفر الأب

عن غيره، فإذا صح تعليله بثبوت نسب ما تأتي به من ثبتت من غيره إذا ثبت النسب منه وقد صح من الزوج فتثبت بالولادة منه وهذا لأنا ننفي المفهوم المخالف، وهم وإن أثبتوه قدموا عليه القياس، فإذا صح قياس الزوج على السيد في ثبوت الأمومة لزم على المذهبين إلا أنه يشكل على تعليلنا ما إذا ادعى نسب ولد أمته التي زوّجها من عبده، فإن نسبه إنما يثبت من العبد لا من السيد وتصير أم ولد له. وجوابه أن ثبوت الأمومة لإقراره بثبوت النسب منه وإن لم يصدقه الشرع فكان دائراً مع ثبوت النسب شرعاً أو اعترافاً. ومما تنتفي فيه الأمومة ما ذكر في الإيضاح: أمة جاءت بولد فادعاه أجنبي لا يثبت نسبه صدقه المولى أو كذبه، فإن ملكه المدعي عتق ولا تصير أمه أم ولد له قوله: **(وإذا وطىء جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد للأب)** سواء كان الابن وطئها أو لا، لأن حرمة الوطء لا تمنع ثبوت النسب كوطء الحائض **(وعليه قيمتها)** لأنه ملكها قبيل الوطء بالقيمة ليقع الوطء في ملكه **(وليس عليه عقرها)** لسبق ملكه الوطء **(ولا قيمة ولدها)** لأنه انعلق حرّاً لتقدم الملك على الأم **(وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها)** في باب نكاح الرقيق من **(كتاب النكاح)** وللشافعي قولان: أحدهما تصير أم ولد ويضمن قيمتها ومهرها وهو بناء على إثباته الملك حكماً للوطء، إذ لو أثبته سابقاً عليه لم يتجه له إيجاب المهر، والقول الآخر: لا تصير أم ولد ويلزمه المهر لأنه لم يملكها وهو قول أحمد، وعلى هذا تستمر على ملك الابن. ومذهب مالك أنه يملكها بالقيمة بمجرد الوطء حملت أو لا، وإذا كان تملكها لازماً عرف أنه لا يصح دعوة ولد مدبرة ابنه ولا أم ولده إذ لا يقبلان انتقال الملك فيهما، فإن كان في لفظ الجارية عرف يخرجهما فقد أخرجهما باللفظ وإلا فبالحكم المذكور في المسئلة، وشرط صحة هذا الاستيلاد أن تكون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، وأن يكون الأب صاحب ولاية من ذلك الوقت إلى الدعوة أيضاً، فلو باع الابن الجارية ثم عادت إليه بشراء أو ردّ وولدت لأقل من ستة أشهر منذ باعها فادعاه الأب لم تصح دعوته إلا أن يصدقه الابن كما إذا ادعى الأجنبي ذلك وصدقه، وكذا دعوة الجد لو كان مكان الأب، وكذا لو كان الأب كافراً ثم أسلم أو عبداً فعتق أو مجنوناً فأفاق فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من الإسلام والعتق والإفاقة إلى الدعوة فادعاه لا تصح لعدم الولاية إلا أن يصدقه، أما المعتوه لو ادعاه بعد إفاقته وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر من إفاقته ففي القياس لا تصح لعدم ولايته عند العلوق. وفي الاستحسان تصح لأن العته لا يبطل الحق والولاية بل يعجز عن العمل، ولو كان الأب المدعي مرتداً فهي موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله إن عاد إلى الإسلام صحت وإلا لا. وعندهما صحيحة وهي فرع تصرفات المرتد لأنه يملكها بالقيمة فكان كالبيع، وهو موقوف عنده خلافاً لهما وكان ينبغي أن تتوقف عندهما أيضاً لأن تصرف المرتد في مال ولده موقوف عندهما أيضاً، لكنها تضمنت التصرف في مال نفسه، وفيه لا يتوقف لا سيما في النسب لأنه يحتاط في إثباته فينفذ قوله: **(وإن وطىء أبو الأب مع بقاء الأب مسلماً حراً عاقلاً لم يثبت النسب منه)** لأن شرط الصحة قيام الولاية على ما ذكرنا ولا ولاية للجد مع وجود الأب متصفاً بما قلنا، بخلاف ما إذا كان الأب ميتاً أو حياً كافراً أو عبداً أو مجنوناً فإن الجد حينئذ يصح استيلاده جارية ابن ابنه لقيام

. . . .

ورقه بمنزلة موته لأنه قاطع للولاية **(وإذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه)** لأنه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة أنه لا يتجزأ لما أن سببه لا يتجزأ وهو العلوق إذ الولد الواحد لا يتعلق من ماءين **(وصارت أم ولد له)** لأن الاستيلاد لا يتجزأ عندهما **(وعند أبي حنيفة رحمه الله يصير نصيبه أم ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه إذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها)** لأنه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لأنه وطىء جارية مشتركة، إذ الملك يثبت حكماً للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه لأن الملك هنالك يثبت شرطاً للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئاً ملك نفسه **(ولا يغرم قيمة ولدها)** لأن النسب يثبت مستنداً إلى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك **(وإن ادعياه معاً ثبت**

ولايته في هذه الأحوال، ولو كان الأب مرتداً لم تصح دعوة الجد عندهما لأن تصرفات المرتد نافذة عندهما فمنعت تصرف الجد. عند أبي حنيفة موقوفة، فإن أسلم الأب لم تصح دعوة الجد، وإن مات على ردته أو لحق وقضى بلحاقه صحت، ولو باع ابن الابن الجارية حاملاً ثم استردها فولدت لأقل من ستة أشهر منذ باعها لم تصح دعوة الجد كما ذكرنا في الأب قوله: **(وإذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه)** سواء كان في المرض أو في الصحة، وكذا إذا ادعى أحدهما وأعتق الآخر معاً فالدعوة أولى لتضمنها ثبوت نسب الولد دون إعتاق الآخر وسواء كان المدعي مسلماً أو كافراً لأنه لما ثبت النسب في نصفه المملوك له من الجارية ثبت في الباقي، ولفظ «في» يحمل على معنى «من» التي لابتداء الغاية: أي ثبت من نصف الأمة المملوك له ولا يكون للتعليل كقوله: ﷺ «دخلت

الولد حراً) يدل على أن هذا هو العلة وهو المشهور عنه وذلك مغاير للأوّل، وهذا فاسد لأن العلة هو علوق الولد حراً عنده ليس إلا، وفي صورة الزنا إنما لم تثبت أمومية الولد لأن الولد انعلق رقيقاً لأن المزنى بها في تلك الحالة ملك مولاها **(ولنا أن سبب الاستيلاد هو الجزئية الحاصلة بين الوالدين على ما ذكرنا من قبل)** أوّل الباب حيث قال ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطىء والموطوءة، والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد إلى كل منهما كملا، وقد ثبت النسب بالنكاح فتثبت الجزئية بهذه الواسطة، وإذا ثبتت الجزئية ثبتت أمومية الولد. وقوله: **(بخلاف الزنا)** جواب عن قوله كما إذا علقت بالزنا لأنه لا نسب فيه: أي في الزنا **(للولد إلى الزاني)** فلا تثبت الجزئية المعتبرة في الباب وهو الجزئية الحكمية فلا تثبت أمومية الولد. فإن قيل: لما لم يثبت النسب من الزاني فعلام يعتق عليه الولد من الزنا إذا ملكه، أجاب بقوله: **(وإنما يعتق على الزاني إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة)**، بخلاف أمومية الولد فإنها تثبت بواسطة نسبة الولد والنسبة عن الزاني منقطعة فكان أمومية الولد من الزنا **(نظير من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق عليه لأنه)** أي الأخ **(ينسب إليه بواسطة نسبته إلى الوالد وهي غير ثابتة)** والمراد بالأخ الأخ لأب، وأما الأخ لأم فإنه يعتق عليه إذا ملكه وإن كان من الزنا لأن النسبة بينهما ثابتة. قوله: **(وإذا وطىء جارية ابنه)** ظاهر.

وقوله: **(وإذا كانت الجارية بين الشريكين)** هذه المسألة قد مر ذكرها في أول الباب حيث قال: وكذا إذا كان بعضها مملوكا، ولكن كان ذكرها هناك من حيث أن الاستيلاد يخرج الأمة إلى حق الحرية قبل الموت وإلى حقيقتها بعده، وذكرها هنا باعتبار ثبوت النسب وبيان ما أريد بعدم تجزي الاستيلاد المذكور هناك وتملك نصيب صاحبه وضمان نصف العقر وغير ذلك مما ذكره فلا يعدّ تكراراً وكلامه واضح خلا ما ننبه عليه قوله: **(فادعاه أحدهما)** لا فرق في ذلك بين الصحة والمرض. وقوله: **(لأنه لما ثبت النسب منه في نصفه الخ)** يرد عليه القلب وهو أن يقال: لما لم يثبت النسب منه في نصيب الشريك لمصادفته ملك غيره لا يثبت في الباقي ضرورة أنه لا يتجزأ إلى آخر ما ذكر في الكتاب. ويجاب عنه بتغليب جانب المثبت للنسب احتياطاً، ألا ترى أنه يسقط الحدّ عنه بهذا الطريق ويجب العقر، فكذلك يثبت النسب منه بالدعوة. وقوله: **(فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه)** قال في النهاية: هذا على اختيار بعض المشايخ، وأما الأصح من المذهب فالحكم مع علته يفترقان لما عرف في أصول الفقه. وأقول: يجوز أن يكون مراده بالتعقب التعقب الذاتي دون الزماني، وحينئذ يكونه وارداً على الأصح من المذهب. وقوله: **(بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه لأن الملك هناك يثبت شرطاً للاستيلاد فيتقدمه)** وهذه التفرقة بين الشريك والوالد من حيث أن ملك الشريك في النصف قائم وقت العلوق، وذلك يكفي في الاستيلاد فيجعل تملك نصيب صاحبه حكماً للاستيلاد فيكون الوطء واقعاً في غير

نسبه منهما) معناه إذا حملت على ملكهما. وقال الشافعي رحمه الله: يرجع إلى قول القافة لأن إثبات النسب من شخصين

امرأة النار في هرة»[1] أي لما ثبت نسب الولد بسبب نصفه المملوك له، لأن قوله: ثبت في الباقي ينبو عنه. وحاصل المعنى أنه ثبت النسب من نصف الأم فيثبت من كلها لأنه أي النسب لا يتجزأ ثبوته من امرأة، فثبوته من بعضها هو عين ثبوته من كلها. ولا يقال: سيأتي أنه يثبت من رجلين بالنسبة إلى امرأة واحدة. لأنا نقول: ليس في ذلك تجزئة من امرأة لأن النسب ثبت من كلها لكل منهما لا من بعضها لواحد ومن البعض الآخر للآخر. وإنما لا يتجزأ لأن سببه وهو العلوق لا يتجزأ في امرأة بأن علق الولد من ماء رجلين على قولنا: لأنها إذا علقت من الأول انسدّ فم الرحم فلا تعلق من الآخر، وعلى قول غيرنا لا يمتنع، بل واقع على قول بعض مثبتي القيافة على ما سيأتي، فعدم التجزي أن لا يعلق الولد بنصفها قوله: (وصارت أم ولد له) اتفاقاً أما عندهما فلأن الاستيلاد لا يتجزأ كما لا يتجزأ ثبوت النسب فلا يصير نصفها أم ولد له ثم يتملك نصيب شريكه بل تصير كلها أم ولد، وعنده يصير نصفها أم ولد له ثم يتملك الآخر لأنه قابل للنقل، ولا يمتنع تجزي الأمومة كما امتنع تجزي ثبوت النسب لأن معنى كونها أم ولد هو ثبوت استحقاقها العتق بالموت والعتق يتجزأ عنده بمعنى زوال الملك فجازت أمومة نصفها بمعنى أنه يعتق نصفها بالموت ثم يثبت حكم عتق البعض من الاستسعاء في الباقي أو إعتاقه إلى آخر ما عرف، لكن لما كان النص المفيد لتجزي العتق أوجب أن لا يقرّ بعضه عتيقاً وبعضه رقيقاً والأمومة شعبة من العتق وجب فيها إذا صار بعضها أم ولد بمعنى استحق بعضها العتق أن يستحقه كلها ولا يبقى بعضها رقيقاً وبعضها مستحقاً للعتق.

والحاصل أن الاتفاق على أنه لا يستقرّ تجزيها في حق الأمومة، بل التجزي في الابتداء ثم يتمم الكل عنده وعندهما صارت أم ولد من أول الأمر. ثم لا يخفى أن تعليل تملك نصيب شريكه بأنه قابل للتملك تعليل بعدم المانع وهو لا يصلح للتعليل. يقال: سافر للتجارة والعلم، ولو قيل: لا من الطريق عدّ جنوناً، وكونه أفسد نصيب شريكه بالاستيلاد لا يستلزم تعين الضمان على معنى لا يجوز تركه من الشريك، بل الثابت به جواز أن يضمنه، وللإنسان ترك حقه، وها هنا لو رضي الشريك بترك تضمينه ويصير نصفها ملكاً له ونصفها أم ولد للآخر، فلو مات المستولد يعتق نصفها ويرقّ نصفها الآخر أو تسعى له إذ ذاك لا يجوز، فليس الموجب للنقل إلا ما قلنا: من النص الدالّ على أنه إذا عتق البعض لا يبقى البعض رقيقاً وألحق حق الحرية بحقيقتها وتعتبر قيمة نصفها يوم وطئها الذي علقت منه، وكذا نصف العقر، وإنما وجب نصف عقرها على المستولد لأنه وطىء جارية مشتركة لأن الملك في نصف شريكه يثبت حكماً للاستيلاد فيتعقبه، وهو إن كان مقارناً للعلوق لاستناده إليه فهو مسبوق بالوطء، وبابتدائه يثبت المهر فلا يسقط بالإنزال فلزم سبق وجوب المهر الاستيلاد بالضرورة على كل حال فيسقط ما أصاب حصته ويضمن حصة شريكه، وما

ملكه وذلك يوجب الحد لكنه سقط بشبهة الشريك فيجب العقر، وأما الأب فلم يكن له ملك في الجارية وقد استولدها فيجعل ملكه فيها شرطاً للاستيلاد في ملكه حملاً لأمره على الصلاح فيكون الوطء في ملكه والوطء فيه لا يوجب العقر. والمراد بالعقر مهر المثل فيكون الشريك ضامناً لنصف مهر مثلها، هكذا في مبسوط شمس الأئمة السرخسي. وفي مبسوط شيخ الإسلام والمحيط: العقر قدر ما تستأجر هذه المرأة لو كان الاستئجار للزنا حلالاً. وقوله: (فلم يتعلق منه شيء على ملك الشريك) لأنه

---

(1) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٦٥ و ٣٣١٨ وفي الأدب المفرد ٣٧٩ ومسلم ٢٢٤٢ والدارمي ٢٧١٠ وابن حبان ٥٤٦ والبيهقي ٥/ ٢١٤ و ٨/ ١٣ كلهم من حديث ابن عمر: «عُذِّبت امرأة في هرة ربطتها، فلم تطعمها ولم تدعها تأكل من خشاش الأرض».

ورواية: دخلت. بدل: عُذِّبت.

وأخرجه البخاري ٣٣١٨ ومسلم ٢٢٤٢ و ٢٦١٩ وابن ماجه ٤٢٥٦ والبغوي في شرح السنة ٤١٨٤ والبيهقي ٨/ ١٤ وابن حبان بإثر حديث ٥٤٦ وأحمد ٢/ ٢٦١. ٢٦٩. ٤٥٧. ٤٦٧. ٥٠١ كلهم من حديث أبي هريرة وأخرجه أحمد ٣/ ٣٣٥ من حديث جابر، وله روايات أخرى فهذا حديث مشهور.

وخشاش الأرض: هو امُها وحشراتها. الواحدة خشاشة.

مع علمنا أن الولد لا يتخلق من ماءين متعذر فعملنا بالشبه، وقد سرّ رسول الله ﷺ بقول القائف في أسامة رضي الله

قيل: الأصح أن حكم العلة يقارنها في الخارج لم يختره المصنف، وقد ملأ الكتاب من ذلك، وأوله من باب من يجوز دفع الصدقة إليه في خلافية زفر فيما إذا دفع النصاب إلى الفقير منعه زفر لأن الدفع قارن الغنى، فأجاب بأنه حكم الدفع فيتعقبه فحصل الدفع إلى الفقير، ثم لم يزل يكرره في كل ما هو مثله، ثم ضمان قيمة نصف الشريك لازم في يساره وإعساره لأنه ضمان تملك كالبيع. وعن أبي يوسف: إن كان المدعي معسراً سعت أم الولد لأن منفعة الاستيلاد حصلت لها، وإنما لا يضمن الأب إذا استولد جارية ابنه العقر لأن ملكها يثبت شرطاً للاستيلاد لأنه لا ملك له يكفي لصحة الاستيلاد فيتقدم ليقع الوطء في ملكه. فإن قيل: الملك يثبت ضرورة الاستيلاد وهو بالعلوق ولا يلزم من تقدمه على العلوق تقدمه على الوطء. أجيب بأن الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذي يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب، فالتقدم على العلوق تقدم على الفعل الذي به الاستيلاد، ومنه الوطء فاعتبر مقدماً عليه، ولا يغرم قيمة ولدها لأن النسب ثبت مستنداً إلى وقت العلوق وملكه يثبت من ذلك الوقت أيضاً فلم ينعلق شيء منه على ملك الشريك بل علق حرّاً فلا يضمن له شيئاً. واعلم أن مقتضى ما ذكره المصنف من أن الملك في نصف شريكه يثبت حكماً للاستيلاد فيتعقبه أن العلوق قبل ملك نصيب شريكه فيحصل مملوك النصف له ونصفه لشريكه. واستناد النسب إلى العلوق بعد ما وقع في ملك الشريك لا يوجب أن لا يعلق منه شيء على ملكه. لا يقال: يمكن كونه أراد بالاستيلاد في قوله حكماً للاستيلاد الوطء. لأنا نقول: الاستيلاد إما أن يطلق على العلوق، أو على مجموع الوطء مع الإنزال والعلوق، أما مجرد الوطء بلا إنزال فلا. ولو سلم لم يصح ثبوت الملك حينئذ لأن نقله من ملك الشريك إلى ملك المستولد ضرورة صيرورتها أم ولد له ولا تصير إلا بالعلوق فلا يجوز نقله قبله لأنه بلا موجب. والاعتراض السابق بأن حكم العلة معها في الأصح لا يفيد لأن نقله مع العلوق أيضاً بلا موجب لأنها ما لم تصر أم ولد لم يلزم النقل. فالوجه جعله معقباً للعلوق بلا فصل قليل ولا كثير ولا ضمان لأنه حينئذ ماء مهين لا قيمة له فلا يضمن، وحين صار بحيث يضمن لم يكن على ملك الشريك لأن الأم حين انتقلت إلى ملك المستولد انتقلت بأجزائها ومن جملتها ذلك الماء، هذا إذا حملت على ملكهما، فإن اشترياها حاملاً فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه ويضمن لشريكه نصف قيمة الولد لأنه لا يمكن استناد الاستيلاد إلى وقت العلوق لأنه لم يحصل في ملكهما ولذا لا يجب عليه عقر لشريكه هنا، لكن لما ادعى نسب ولد مشترك بينهما كانت دعوته دعوة ملك وهي كالإعتاق الموقع إلا أنه يضمن نصيب شريكه في اليسار والإعسار لأنه ضمان تملك كالبيع، ولا عقر لشريكه ههنا لأن الوطء لم يوجد في ملك شريكه قوله: **(وإن ادعياه معاً ثبت نسبه منهما)** وكانت الأمة أم ولدلهما فتخدم كلاً منهما يوماً، وإذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للحي في تركه الميت لرضا كل منهما بعتقها بعد الموت، ولا تسعى للحيّ عند أبي حنيفة لعدم تقومها، وعلى قولهما: تسعى في نصف قيمتها له. ولو أعتقها أحدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكت، ولا سعاية في قول أبي حنيفة، وعلى قولهما: يضمن إن كان موسراً وتسعى إن كان معسراً، وعلى كل واحد منهما نصف العقر فتلتقيان قصاصاً بما له على الآخر. وفائدة إيجاب العقر مع

كما علق انعلق حرّ الأصل لأن نصفه انعلق على ملكه وأنه يمتنع ثبوت الرق فيه لما ذكرنا من ترجيح مثبت النسب **(وإن ادعياه معاً ثبت نسبه منهما)** قال المصنف: **(معناه إذا حملت على ملكهما)** وإنما قيد بذلك، لأنه إذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحاً ثم اشتراها هو وآخر فهي أم ولد له لأن نصيبه منها صار أم ولد له والاستيلاد لا يتجزأ فيثبت في نصيب شريكه أيضاً وقال الشافعي: **(يرجع إلى قول القافة)** وهي جمع القائف كالباعة في جمع البائع، وهو الذي يتبع آثار الآباء في الأبناء، من قاف أثره: إذا اتبعه، والقيافة في بني مدلج منهم المجزز **(لأن إثبات النسب من شخصين مع علمنا أن الولد لا يتخلق من ماءين)** أي من ماء فحلين **(متعذر، فعملنا بالشبه وقد سرّ رسول الله ﷺ بقول القائف في أسامة)** روي «أن رسول الله ﷺ دخل على عائشة وأسارير وجهه تبرق من السرور فقال: أما علمت أن مجززاً المدلجي مرّ بأسامة وزيد وهما تحت قطيفة قد غطيا وجوههما وأرجلهما بادية

تعالى عنه. ولنا كتاب عمر رضي الله تعالى عنه إلى شريح في هذه الحادثة: لبسا فلبس عليهما، ولو بينا لبين لهما، هو

التقاصّ به أن أحدهما لو أبرأ أحدهما عن حقه بقي حق الآخر. وأيضاً لو قوّم نصيب أحدهما بالدراهم والآخر بالذهب كان له أن يدفع الدراهم ويأخذ الذهب ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث أب واحد. فهذه أحكام دعوتهما ذكرها القدوري. ومنها أنه للباقي منهما حتى إذا مات أحدهما كان كل ميراث الابن للباقي منهما، وفرق المصنف بينها بوجه كل منهما فقال: وإن ادعياه معاً ثبت نسبة منهما جميعاً، وسيقيده بما إذا لم يكن مع أحدهما مرجح، فلو كان بأن كان الشريكان أباً وابناً فإن النسب يثبت من الأب وحده، وكذا إذا كان أحدهما ذمياً يثبت من المسلم وحده، وفيه خلاف زفر فيثبت منهما ويكون مسلماً، وقيده ههنا بما إذا حملت على ملكهما وهو أن تلده لتمام ستة أشهر: يعني فصاعداً ولا سنتين منذ ملكاها، واحترز به عما إذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحاً ثم اشتراها هو وآخر فولدت لأقل من ستة أشهر من الشراء فادعياه فهي أم ولد الزوج فإن نصيبه صار أم ولد له، والاستيلاد لا يحتمل التجزي عندهما ولابقاءه عنده فيثبت في نصيب شريكه أيضاً. وأيضاً ما إذا حملت على ملك أحدهما رقبة فباع نصفها من آخر فولدت: يعني لتمام ستة أشهر من بيع النصف فادعياه يكون الأول أولى لكون العلوق في ملكه، وعما إذا كان الحمل قبل ملك منهما بأن اشتريا أمة فولدت لأقل من ستة أشهر من حين ملكاها أو ولدته قبل ملكهما إياها فاشترياها فادعياه لا تكون أم ولد لهما لأن هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصراً على وقت الدعوة، بخلاف الاستيلاد فإن شرطها كون العلوق في الملك، وتستند الحرية إلى وقت العلوق فيعلق حراً. وقدمنا في كتاب العتق اختلاف المشايخ فيما إذا قال لعبده: هذا ابني وأمه في ملكه هل تصير أم ولد له أو لا؟ قيل نعم مجهول النسب أو معلومه، وقيل: لا فيهما، وقيل نعم في مجهوله لا في معلومه، فيحمل ذلك على أنه حكمنا عند جهلنا بحال العلوق، وبقولنا: قال سفيان الثوري وإسحاق بن راهويه، وكان الشافعي يقوله في القديم، ورجع عليه أحمد حديث القافة. وقيل: يعمل به إذا فقدت القافة. وقال الشافعي: يرجع إلى قول القائف، فإن لم يوجد قائف وقف حتى يبلغ الولد فينتسب إلى أيهما شاء، فإن لم ينتسب إلى واحد منهما كان نسبه موقوفاً لا يثبت له نسب من غير أمه. والقائف هو الذي يتبع آثار الآباء في الأبناء وغيرها من الآثار من قاف أثره يقوفه مقلوب قفا أثره مثل راه مقلوب رأي، والقيافة مشهورة في بني مدلج، فإن لم يكن مدلجي فغيره وهو قول أحمد، وقال به مالك في الإماء، وهذا لأن إثبات النسب من شخصين مع علمنا بأن الولد لا يتخلق من ماءين، لأنها كما تعلق من رجل انسدّ فم الرحم متعذر فعملنا بالشبه، وهذا يفيد أن القافة لو ألحقوه بهما لا يلحق، وهو قول الشافعي، أنه يبطل قولهم إذا ألحقوا بهما، وقد ثبت العمل بالشبه بقول القائف: حيث سرّ رسول الله ﷺ على ما أخرج الستة في كتبهم كلهم عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت «دخل رسول الله ﷺ ذات يوم مسروراً فقال: يا عائشة ألم تري أن مجززاً المدلجي دخل عليّ وعندي أسامة بن زيد وزيد وعليهما قطيفة وقد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: هذه الأقدام بعضها من بعض» [1] وقال أبو داود: وكان أسامة أسود وكان زيد أبيض (ولنا كتاب عمر رضي الله عنه إلى شريح في هذه الحادثة) ذكر أن شريحاً

فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض» ولو كان الحكم بالشبه باطلاً لما جاز إظهار السرور ولوجب عليه الرد والإنكار (ولنا كتاب عمر إلى شريح في هذه الحادثة: لبسا فلبس عليهما، ولو بينا لبين لهما، هو ابنهما يرثانه ويرثهما، وهو للباقي منهما) أي الولد

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٥٥٥ و ٣٧٣١ و ٦٧٧٠ ومسلم ١٤٥٩ وأبو داود ٢٢٦٨ والترمذي ٢١٢٩ والنسائي ٦/ ١٨٤ وعبد الرزاق ١٣٨٣٣ و ١٣٨٣٦ وأحمد ٦/ ٢٢٦ وابن حبان ٤١٠٢ و ٤١٠٣ والدارقطني ٢/ ٢٤٠ والبيهقي ١٠/ ٢٦٢. ٢٦٣ من طرق كلهم من حديث عائشة.
زاد أبو داود قوله: وكان أسامة أسود وكان زيد أبيض وهذه الرواية عنده برقم ٢٢٦٧.

ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين. وعن عليّ رضي الله عنه مثل ذلك، ولأنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه، والنسب وإن كان لا يتجزأ ولكن تتعلق به أحكام متجزئة، فما يقبل التجزئة في حقهما على التجزئة، وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملاً كأن ليس معه غيره

كتب إلى عمر بن الخطاب في جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه فكتب إليه عمر أنهما لبسا فلبس عليهما، ولو بينا لبين لهما، هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما[1]. وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير، فحل محل الإجماع، والله أعلم بذلك. قال: (ولأنهما استويا في سبب الاستحقاق) يعني الدعوة مع الملك فيستويان فيه، والنسب وإن كان لا يتجزأ ولكن يتعلق به أحكام متجزئة كالإرث والنفقة وصدقة الفطر وولاية التصرف في ماله والحضانة فما يقبل التجزي كالإرث وما ذكرنا يثبت في حقهما على التجزئة، وما لا يقبلها كالنسب وولاية الإنكاح يثبت لكل منهما كملاً كأن ليس معه غيره. واعلم أن المعروف في قصة عمر هو ما قال سعيد بن منصور: حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر رضي الله عنه في امرأة وطئها رجلان في طهر، فقال القائف: قد اشتركا فيه جميعاً فجعله بينهما. وقال الشعبي وعليّ يقول: هو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه، ذكره سعيد أيضاً. وروى الأثرم بإسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة فحملت فولدت غلاماً يشبههما، فرفع ذلك إلى عمر فدعا القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما، فألحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه. وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عروة بن الزبير أن رجلين ادعيا ولداً فدعا عمر القافة واقتدى في ذلك ببصر القافة وألحقه أحد الرجلين. ثم ذكر أيضاً عبد الرزاق بعد ذلك عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين قال: لما دعا عمر القافة فرأوا شبهه فيهما ورأى عمر مثل ما رأت القافة قال: قد كنت أعلم أن الكلبة تلد لأكْلُبٍ فيكون كل جزء لأبيه ما كنت أرى أن ماءين يجتمعان في ولد واحد. وأسند عبد الرزاق أيضاً عن معمر عن قتادة قال: رأى القافة وعمر جميعاً شبهه فيهما وشبههما فيه، قال: هو بينكما يرثكما وترثانه، قال: فذكرت ذلك لابن المسيب فقال: نعم هو للآخر منهما، وقول المصنف: وعن علي مثل ذلك يشير إلى ما أخرج الطحاوي في شرح الآثار عن سماك عن مولى لآل مخزوم قال: وقع رجلان على جارية في طهر واحد فعلقت الجارية فلم يدر من أيهما هو، فأتيا علياً فقال: هو بينكما يرثكما وترثانه وهو للباقي منكما[2]. ورواه عبد الرزاق: أخبرنا سفيان الثوري عن قابوس عن أبي ظبيان عن عليّ قال: أتاه رجلان وقعا على امرأة في طهر، فقال الولد بينكما وهو للباقي منكما. وضعفه البيهقي فقال: يرويه سماك عن رجل مجهول لم يسمه، وقابوس وهو غير محتج به عن أبي ظبيان عن عليّ قال: وقد روى عليّ مرفوعاً خلاف ذلك. ثم أخرج من طريق أبي داوود: حدثنا حبيش بن أصرم، حدثنا عبد الرزاق، أخبرنا سفيان الثوري عن صالح الهمداني عن الشعبي عن عبد خير عن زيد بن أرقم قال: أتى عليّ رضي الله عنه وهو باليمن بثلاثة وقعوا على امرأة في طهر واحد، فسأل اثنين أتقرّان لهذا بالولد؟ قالا لا، حتى سألهم

يكون للأب الباقي من الأبوين اللذين كانا إذا مات أحدهما حتى يكون كل الميراث للأب الحي دون أن يكون نصفه لورثة الأب الميت. وقوله: (وكان بمحضر من الصحابة) يروم به إبرازه في مبرز المجمع عليه. وقوله: (في سبب الاستحقاق) يعني الملك، وقيل الدعوة. وقوله: (أحكام متجزئة) يريد بها مثل النفقة وولاية التصرف في ماله والحضانة والميراث، فما يقبل التجزئة كالميراث يثبت على التجزئة في حقهما، وما لا يقبلها كثبوت النسب وولاية الإنكاح يثبت في حق كل واحد منهما كملاً كأن ليس

---

(١) هذا الأثر. أورده الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٩١ ونسبه للبيهقي ونقل عن البيهقي قوله: هو منقطع. أي بين الحسن وعمر. وقال: مبارك ابن فضالة ليس بحجة./

قال الزيلعي: ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن قتادة باختصار.

(٢) انظر هذه الآثار في نصب الراية ٣/ ٢٩١ - ٢٩٢ وفي سنن البيهقي ١٠/ ٢٦٢ - ٢٦٧ والطحاوي ٢/ ٢٩٤.

. . . .

جميعاً فجعل كلما سأل اثنين قالا لا، فأقرع بينهم فألحق الولد بالذي صارت عليه وجعل عليه ثلثي الدية قال: فذكر ذلك للنبي ﷺ فضحك حتى بدت نواجذه انتهى. واعلم أن أبا داود رواه أيضاً موقوفاً، وكذا النسائي على عليّ بإسناد أجود من إسناد المرفوع[1]، وكذا رواه الحميدي في مسنده وقال فيه: فأغرمه ثلثي قيمة الجارية لصاحبيه، وهو حسن مبين المراد بالدية فيما قبله. وحاصل ما تحصل من هذا أنه ﷺ سرّ بقول القافة، وإن عمر قضى على وفق قولهم، وإنه ﷺ لم ينكر إثبات عليّ النسب بالقرعة. ولا شك أن المعوّل عليه ما ينسب إلى رسول الله ﷺ وذلك هو سروره بقول القافة[2]. فأجاب المصنف عنه بأن سروره كان لأن الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله عنه لما تقدم من حديث أبي داود أنه كان أسود وكان زيد أبيض فكانوا لذلك يطعنون في ثبوت نسبه منه، وكانوا مع ذلك يعتقدون قول القافة فكان قول القائف مقطعاً لطعنهم، فسروره لا شك أنه لما يلزمه من قطع طعنهم واستراحة مسلم من التأذي بنفي نسبه وظهور خطئهم والردّ عليهم، ثم يحتمل مع ذلك كون القيافة حقاً في نفسها فتكون متعلق سروره أيضاً، أو ليست حقاً فيختص سروره بما قلنا فلزم أن حكمنا بكون سروره بها نفسها فرع حكمنا بأنها حق فيتوقف على ثبوت حقيتها ولم يثبت بعد. وطعن يطعن بضم عين المضارع بالرمح وفي النسب. واعلم أنه استدل على صحة القيافة بحديث اللعان حيث قال ﷺ فيه «إن جاءت به أصيهب أثيبج حمش الساقين فهو لزوجها، وإن جاءت به أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الأليتين فهو للذي رميت به»[3] وهذه هي القيافة، والحكم بالشبه. وأجاب أصحابنا بأن معرفته ذلك ﷺ من طريق الوحي لا القيافة. وقد يقال الظاهر: عند إرادة تعريفه أن يعرف أنه ابن فلان، والحق أنه ينقلب عليهم، لأنه لو كانت القيافة معتبرة لكان شرعية اللعان تختص بما إذا لم يشبه المرمى به أشبه الزوج أولاً لحصول الحكم الشرعي حينئذ بأنه ليس إبناً للنافي وهو يستلزم الحكم بكذبها في نسب الولد. وأجيب أيضاً بأنه لا يلزم من حقية قيافته ﷺ حقية قيافة غيره، وفيه نظر، فإن القيافة ليس إلا باعتبار أمور ظاهرة يستوي الناس في معرفتها، ثم إنه ﷺ سرّ بفعل عليّ رضي الله عنه وهو إلحاقه بالقرعة، وقد نقل ذلك عن بعض العلماء وطرقه صحيحة كما تقدم، وهو يستلزم أن القرعة طريق صحيحة لتقريره ﷺ إياه، بل سرّ به، فإن الضحك دليله مع عدم الإنكار، وإذا لم يقل به يلزمه الحكم بنسخه، غير أنه يبقى ما ثبت عن عمر من العمل بقول القافة، فإنه من القوة بكثرة الطرق بحيث لا يعارضه المروى عنه من قصة شريح لخفائها وعدم تثبيتها وإن كانت قصة مرسلة، فإن سليمان بن يسار عن عمر مرسل، وكذا عروة عنه، لكنهما إمامان لا يرويان إلا عن قويّ أمين مع حجية المرسل عندنا فكيف به من هذين؟ على أن قول سعيد ابن المسيب نعم في إسناد عبد الرازق ربما يكون كالموصول بعمر لأن سعيداً روى عن عمر[4]، وبالجملة فلا خلاف في ثبوت مثل هذا، وإذا ثبت عمل عمر بالقيافة لزم أن ذلك الاحتمال في سروره ﷺ وهو كون الحقية من متعلقاته ثابت، والشافعي رحمه الله لما لم يقل بنسبة الولد إلى اثنين يلزمه اعتقاد أن فعل عمر كان عن رأيه لا بقول القافة فيلزمه

. . . .

(١) الراجح وقفه. أخرجه أبو داود ٢٢٧٠ والنسائي ٦/ ١٨٢ والبيهقي ١٠/ ٢٦٦ ـ ٢٦٧ من طريق عبد الرزاق عن علي بهذا الخبر.
ثم أخرجه أبو داود ٢٢٦٩ والنسائي ٦/ ١٨٣ والبيهقي ١٠/ ٢٦٧ من وجه آخر عن الشعبي عن عبد الله بن خليل عن زيد بن أرقم بهذا الخبر.
ثم أخرجه أبو داود ٢٢٧١ والنسائي ٦/ ١٨٤ والبيهقي ١٠/ ٢٦٧ كلهم من طريق شعبة عن علي موقوفاً.
وقال أبو داود عقبه: لم يذكر اليمن ولا النبي ﷺ. وقال النسائي عن الموقوف: هذا صواب والله أعلم.
وقال البيهقي: أصح ما روي في هذا الباب هو هذا. أي الموقوف.
(٢) مراد المصنف خبر المدلجي في زيد بن حارثة وابنه، وقد تقدم قبل قليل.
(٣) تقدم في باب اللعان.
(٤) تقدمت هذه الآثار قبل قليل.

إلا إذا كان أحد الشريكين أباً للآخر، أو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً لوجود المرجح في حق المسلم وهو الإسلام وفي حق الأب وهو ماله من الحق في نصيب الابن، وسرور النبي ﷺ فيما روى لأن الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله تعالى عنه، وكان قول القائف مقطعاً لطعنهم فسرّ به (وكانت الأمة أم ولد لهما) لصحة دعوة كل واحد

القول بثبوت النسب من اثنين إذ حل محل الإجماع من الصحابة، وهو ملزوم لأحد الأمرين: إما أن سروره ﷺ لم يكن متعلقاً إلا برد طعنهم أو ثبوت نسخه وبه نقول، إلا أنا لا نقول إنه من مائهما كما يفهم من بعض الروايات لأن الماءين لا يجتمعان في الرحم إلا متعاقبين، فإذا فرض أنه خلق من الأول لم يتصور خلقه من الثاني، بل إنه يزيد في الأول في سمعه قوة وفي بصره وأعضائه. وأما التعليل بأنه ينسدّ فم الرحم فقاصر على قولنا إن الحامل لا تحيض، فأما من يقول تحيض لا يمكنه القول بالانسداد فيثبت النسب من اثنين مع الحكم بأنه في نفس الأمر من ماء أحدهما، ثم كما يثبت نسبه من اثنين يثبت نسبه من ثلاثة وأربعة وخمسة وأكثر. وقال أبو يوسف: لا يثبت من أكثر من اثنين لأن القياس ينفي ثبوته من اثنين، لكنه ترك لأثر عمر. وقال محمد: لا يثبت لأكثر من ثلاثة لقرب الثلاثة من الاثنين. ولأبي حنيفة أن سبب ثبوت النسب من أكثر من واحد الاشتباه والدعوة فلا فرق. فلو تنازع فيه امرأتان قضى به بينهما عند أبي حنيفة، وعندهما لا يقضي للمرأتين فلا يلحق إلا بأم واحدة، ولا فرق بين كون الأنصباء متفاوتة أو متساوية في الجارية في دعوى الولد، ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كلّ يزعم أنه ابنه من هذه المرأة وهي تصدقه، فعند أبي حنيفة يقضي به بين الرجلين والمرأتين، وعندهما يقضي به بين الرجلين فقط، فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضي به بينهم، وعندهما يقضي به للرجل لا للمرأتين قوله: (إلا إذا كان أحد الشريكين أباً للآخر) استثناء من قوله ومالا يقبلها وعلمت أن النسب يثبت في حق كل منهما كملاً. وفي المبسوط: أمة بين مسلم وذمي ومكاتب ومدبر وعبد ولدت ولداً فادعوه فالحر المسلم أولى لاجتماع الحرية والإسلام فيه مع الملك، فإن لم يكن فيهم مسلم بل من بعده فقط فالذمي أولى لأنه حرّ والمكاتب والعبد وإن كانا مسلمين لكن بيد الولد تحصيل الإسلام دون الحرية ثم المكاتب لأن له حق ملك والولد على شرف الحرية بأداء المكاتب، وإن لم يكن مكاتب وادعى المدبر والعبد لا يثبت من واحد منهما النسب لأنه ليس له لهم ملك ولا شبهة ملك، قيل: ويجب أن يكون هذا الجواب في العبد المحجور وهبت له أمة، ولا يتعين ذلك بل أن يزوج منها أيضاً ولو كانت الدعوة بين ذمي ومرتد فالولد للمرتد لأنه أقرب إلى الإسلام وغرم كل لصاحبه نصف العقر قوله: (وكانت الأمة أم ولد لهما لصحة دعوة كل منهما في نصيب الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعاً لولدها) ولا يضمن واحد منهما لشريكه شيئاً لأنه لم ينتقل إليه من نصيب شريكه شيء قوله: (ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل لأنه أقرّ له بميراثه كله) حيث ادعى أنه ابنه وحده وإقراره حجة في حقه (ويرثان منه ميراث أب واحد) لأن دعوى كل منهما الانفراد بالأبوة لا تسري في حق الآخر، وقد استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوة المقرونة بالملك وصار كما إذا أقاما البينة على شيء يصير مشتركاً بينهما، فكذا إذا أقاما البينة على ابن مجهول النسب يكون بينهما لاتحاد

معه غيره. وقوله: (إلا إذا كان أحد الشريكين) استثناء من قوله وما لا يقبلها يثبت في حق كل منهما كملا. وقوله: (وسرور النبي ﷺ) جواب عن قوله وقد سرّ رسول الله ﷺ. واختلفوا فيما إذا ادعى الولد أكثر من اثنين، فجوّزه أبو حنيفة ونفاه أبو يوسف، وجوّزه محمد إلى الثلاثة. وقال أبو يوسف يثبت على خلاف القياس بقضية عمر فلا يتعداه. وقال محمد: الثلاثة قريبة من الاثنين. وقال أبو حنيفة: سبب الجواز الملك والدعوة وقد وجدا. وقوله: (فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعاً لولدها) يعني تخدم كل واحد منهما يوماً كما كانت تفعله قبل هذا لأنه لا تأثير للاستيلاد في إبطال ملك الخدمة، وإذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للشريك في تركة الميت بالاتفاق لوجود الرضا منهما بعتقهما عند الموت، ولا سعاية عليها في قول أبي حنيفة، وتسعى في نصف قيمتها للشريك الحي عندهما، ولو أعتقها أحدهما في حال حياته عتقت ولا ضمان على المعتق لشريكه ولا سعاية في قول أبي

منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعاً لولدها (وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصاً بما له على الآخر، ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل) لأنه أقرّ له بميراثه كله وهو حجة في حقه (ويرثان منه ميراث أب واحد) لاستوائهما في النسب كما إذا أقاما البينة (وإذا وطىء المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فإن صدقة

الجامع قوله: (وإذا وطىء المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فإن صدقه المكاتب يثبت نسب الولد منه) وإن كذبه لا يثبت نسب الولد، لكن إذا ملكه يوماً من الدهر فحينئذ يثبت نسبه منه لما سيذكر (وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يعتبر تصديقه بل يثبت) نسبه منه بمجرد دعوته غير مفتقر إلى تصديقه، وقوله وهذا قول سائر العلماء اعتباراً بالأب يدعي ولد جارية ابنه بجامع أن الموطوءة كسب كسب المدعي، أو بطريق أولى لأن للمولى في المكاتب ملك رقبته وهو مقتض لحقيقة ملك كسبه وإن لم يكن له فيه ملك كان له فيه حق الملك، وليس للوالد ملك حقيقة في رقبة ولده بل له حق التملك بماله عند الحاجة وحق الملك أقوى من حق التملك، فلما ثبت نسب ولد جارية الابن من الأب بمجرد دعوته من غير افتقار إلى تصديقه فالثبوت من المولى أولى (ووجه الظاهر وهو الفرق) بين جارية الابن وجارية المكاتب (أن المولى لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه) بسبب حجره نفسه عن ذلك بعقد الكتابة حتى لا يثبت له حق تملكه (والأب يملك تملكه) لحاجته على ما عرف (فلا معتبر بتصديقه) وهذا بخلاف الوارث يستولد أمة من تركة مستغرقة بالدين يصح بلا تصديق أحد لأنه صاحب حق حتى ملك استخلاص ما يشاء من التركة بإعطاء قيمته فليس أحد أحق منه ليحتاج إلى تصديقه، بخلاف البائع يدعي ولد المبيعة بعد البيع يصح لاتصال العلوق بملكه ووجب للولد حق العتق فلم يبطل باعتراض البيع. وههنا إن حصل العلوق في ملك المولى لرقبة المكاتب لكن لم يحصل في ملكه للجارية ملكاً خالصاً. واعترض بأنه لا معنى لاشتراط التصديق لأنه إذا لوحظ حجر المولى عن التصرف في مال المكاتب فتصديقه لا يوجب فك الحجر، بل غايته أنه اعترف له أنه وطىء الجارية فيقتضي أن لا يثبت النسب إذ لم يرتفع به المانع من ثبوته، ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنه وطئها لا يثبت نسبه إذا كان مكذباً له مع أن الثابت بالبينة أقوى من التصديق فظهر ضعف اشتراط التصديق. وقد يجاب بأن هذا الحجر لحق آدمي لكونه هو أحق بالدعوى فلا يظهر حقه في الاستلحاق في مقابلة من هو أحق به منه إلا أن يصدقه لجواز أن يكذبه بأن يدعيه هو فلا بد من استعلام تصديقه وتكذيبه، بخلاف ما إذا أقام بينة على الوطء فإن تكذيبه قائم، واختبار التصديق ليس لاستعلام الوطء قطعاً بل تقديماً للأحق على غيره، بخلاف أحد الشريكين إذا استلحق فإنه لا يتوقف على تصديق الآخر لأنه ليس أحدهما أحق من الآخر قوله: (وعليه عقرها) للمكاتب (لأنه) أي لأن وطأه المدلول عليه بقوله فإذا وطىء المولى لا يتقدمه الملك لأن ماله من الحق: أي

حنيفة، وعندهما يضمن المعتق نصف قيمتها أم ولد لشريكه إن كان موسراً، وتسعى في نصف قيمتها إن كان معسراً (وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصاً لما به على الآخر) بفتح اللام: أي بالذي له. وقوله: (كما إذا أقاما البينة) يعني إذا أقاما البينة على شيء يكون ذلك الشيء مشتركاً بينهما على السواء فكذلك هنا. وإذا أقاما البينة على ابن مجهول النسب كان الحكم هكذا فكذا ههنا، ومن وطىء جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فإما أن يصدقه المكاتب أولاً، فإن صدقه ثبت النسب ولا تصير الجارية أم ولد للمولى، وإن كذبه فلا يثبت النسب أيضاً (وعن أبي يوسف أنه لا يعتبر تصديقه بل يثبت) نسبه منه بمجرد دعوة المولى النسب كما في الأب. والجامع بينهما أن جارية المكاتب كسب كسب المولى، وجارية الابن كسب كسب الأب (ووجه الظاهر وهو الفرق) بين استيلاد جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب حيث يشترط فيها التصديق أن المولى لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه بحجره على نفسه، ولهذا لا يملك كسب المكاتب عند الحاجة والدعوة تصرف فلا يملكها المولى إلا بتصديقه، والأب يملك تملك مال ابنه لأنه لم يحجر على نفسه فلا معتبر بتصديقه، وإنما لا تصير الجارية أم ولده إذا صدقه المكاتب لأن حق الملك ثابت له في كسبه، وذلك كاف لإثبات نسب الولد؛ ألا ترى أنه بعجزه ينقلب حقيقة ملك فلا حاجة به إلى

قوله: (أن المولى لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه بحجره على نفسه) أقول: ضمير بحجره وضمير لنفسه راجعان إلى المولى.

المكاتب ثبت نسب الولد منه) وعن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه أنه لا يعتبر تصديقه اعتباراً بالأب يدعي ولد جارية ابنه. ووجه الظاهر وهو الفرق أن المولى لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والأب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن. قال: **(وعليه عقرها)** لأنه لا يتقدمه الملك لأن ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره.

حق الملك كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره: يعني من قوله: عقيبه أنه كسب كسبه، بخلاف الأب فإنه ليس له حق ملك في الجارية فيتقدم ملكه إياها لتصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر [1] لأنه وطىء أمة نفسه، وإذا وجب لنفس المكاتبة العقر إذا وطئها المولى مع ثبوت حقيقة ملكه فيها فلأن يجب بوطء أمتها أولى، وأبعد شارح فقال: أي لما نذكره في كتاب المكاتب من أنه يثبت للمولى في ذمة المكاتب حق مع أن مجرد حق في ذمة سيد أمة لا يصحح استيلاد صاحب الدين فلقد تناوله من مكان بعيد وهو أقرب إليه من حبل الوريد قوله: **(وقيمة ولدها)** عطف على عقرها: أي وعليه قيمة الولد **(لأنه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلاً وهو أنه)** أي الجارية بتأويل الشخص **(كسب كسبه فلم يرض برقه)** حيث اعتمد دليلاً يوجب حريته **(فيكون حراً بالقيمة ثابت النسب منه)** كما أن المغرور بشراء أمة استولدها فاستحقت اعتمد دليلاً هو البيع فجعل عذراً في حرية الولد بالقيمة إلا أن قيمة الولد هنا تعتبر يوم ولد، وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة. والفرق أن العلوق هنا حصل في ملك المولى وهو مقتض ثبوت نسبه بحق ملكه لمالكها إلا أنه محجور بحجر شرعي عنها فشرط تصديقه، فإذا جاء التصديق صحت الدعوى وثبت له حق التملك بالقيمة فوجب اعتبارها في أقرب أوقات الإمكان، وأما المغرور فضمانه قيمة الولد لأنه أمانة حبسها عن صاحبها تقديراً فتعتبر القيمة يوم الحبس، وتحقق هذا الحبس والمنع إنما يكون يوم الخصومة فيعتبر يومها **(ثم لا تصير الجارية أم ولد لأنه لا ملك له فيها حقيقة كما في أم ولد المغرور)** المبيعة المستحقة لا تكون أم ولد له، ولا تناقض بين قوله: لا تصير أم ولد وبين قوله إن ماله من الحق يكفي لصحة الاستيلاد لأن المراد من الاستيلاد استلحاق الولد كما قررناه أول الباب وصحته بثبوت نسب الولد منه، وأما ثبوت أمومية الولد للأم فإنما هو لازم في بعض الصور وهو أكثرها دون بعض وليس عيناً ليلزم نفي ما أثبته، ثم إذا ملك هذه الجارية يوماً من الدهر صارت أم ولد له لأنه ملكها وله منها ولد ثابت النسب قوله: **(وإن كذبه المكاتب في النسب لم يثبت نسبه من المولى لما بينا)** أي من لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه **(فلو ملكه)** أي لو ملك الولد **(يوماً)** من الدهر **(ثبت نسبه منه)** وكان والداً له **(لقيام الموجب)** وهو إقراره بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب.

التملك، وليس للأب في مال الولد ملك ولا حق ملك، ولا يمكن إثبات النسب منه إلا باعتبار تملك الجارية فيثبت الملك سابقاً ووقع الوطء في ملكه وولدت منه فكانت أم ولد له. وقوله: (وعليه عقرها) أي على المولى عقر جارية المكاتب لأن الملك لا يتقدم الوطء لأن ماله من حق الملك كاف لصحة الاستيلاد فكان الوطء واقعاً في غير الملك وهو يستلزم الحد أو العقر وقد سقط الأول بالشبهة فتعين الثاني. وقوله: (لما نذكره) أي نذكر الحق الذي للمولى على المكاتب في كتاب المكاتب، قيل في كلام المصنف نظر لأنه قال ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد، والمفهوم منه ثبوت استيلاد جارية المكاتب والمنصوص في الكتب عن أصحابنا أن الاستيلاد لا يثبت وهو نفسه يصرح بهذا بعد خطين بقوله ولا تصير الجارية أم ولد له: أي للمولى، فإذا لم تصر الجارية أم ولد له فمن أين يصح الاستيلاد. والجواب أن دلالة لفظ الاستيلاد على طلب نسب الولد أقوى من دلالته على كونها أم ولد فكان المراد بقوله لصحة الاستيلاد لصحة نسب الولد بدلالة ما بعده فإن المصنف أجلّ قدراً من أن يقع بين كلاميه في سطرين

قوله: (والأب يملك تملك مال ابنه لأنه لم يحجر على نفسه) أقول: ضمير لأنه وضمير نفسه راجعان إلى الأب قال المصنف: **(لما نذكره)** أقول: أي نذكر الحق الذي للمولى على المكاتب في كتاب المكاتب، كذا قاله الشارح أكمل الدين. وقال ابن الهمام: بل المراد به قوله عقيب هذا إنه كسب كسبه، بخلاف الأب فإنه ليس له حق ملك في الجارية فيقدم ملكه عليها لتصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر.

---

(١) العُقْرُ: بضم العين صداق المرأة إذا أتيت بشبهة.

قال: **(وقيمة ولدها)** لأنه في معنى المغرور حيث أنه اعتمد دليلاً وهو أنه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرّاً بالقيمة ثابت النسب منه **(ولا تصير الجارية أم ولد له)** لأنه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور **(وإن كذبه المكاتب في النسب لم يثبت)** لما بينا أنه لا بد من تصديقه **(فلو ملكه يوماً ثبت نسبه منه)** لقيام الموجب وزوال حق المكاتب إذ هو المانع، والله تعالى أعلم بالصواب.

[فروع] رجل فجر بأمة فولدت ثم اشتراها لاتصير أم ولد له استحساناً، وإن اشترى الولد عتق الولد عليه. وفي «المحيط»: يجوز إعتاق أم الولد وكتابتها لتعجيل الحرية، وكذا تدبيرها لأنه يجتمع لها سبباً حرية، وفي غيرها[1] لا يصح تدبيرها لأنه لا يفيد. وفي جوامع الفقه: استولد مدبرته بطل التدبير وتعتق من جميع المال ولا تسعى في دين. وفي الكافي: أمة بين رجلين قالا: في صحتهما هي أم ولد أحدنا ثم مات أحدهما يؤمر الحي بالبيان دون الورثة لأنه يخبر عن نفسه والورثة تخبر بفعل غيرهم، فإن قال الحي هي أم ولدي فهي أم ولده ويضمن نصف قيمتها ولا يضمن من العقر شيئاً لأنه لما أقرّ بوطئها بعد ملكها فلعله استولدها بنكاح قبل، ولو قال: هي أم ولد الميت عتقت صدقته الورثة أو كذبته لأنه إن صدق فهي حرة، وإن كذب فكذلك لإقراره بعتقها بموته، ولا سعاية للحي لأنه يدعي الضمان على الميت، وكذا للورثة لأنهم يدّعون عليه الضمان إن كذبوه في إقراره، وإن صدّقوه فقد أقروا بعدم السعاية، والله الموفق.

تناقض. وقوله: (وقيمة ولدها) معطوف على قوله عقرها. وقوله: (وهو أنه) قيل أي الولد: يعني أن الولد حصل له (من كسب كسبه) فإن المكاتب كسبه، وجارية المكاتب كسب كسبه، وفيه نوع تكلف، ويجوز أن يكون أنه: أي الجارية كسب كسبه، وذكر الضمير نظراً إلى الخبر وهو كسب، الضمير في رقه يعود إلى الولد. قيل في قوله كما في ولد المغرور نظر، وحق الكلام كما في المغرور بدون ذكر الولد على معنى أن الجارية لا تصير أم ولد للمولى لعدم الملك فيها حقيقة كما أن الجارية لا تصير أم ولد للمغرور لعدم الملك فيها. والجواب أن قوله كما في ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حرّاً بالقيمة ثابت النسب منه وحينئذ لا بد من ذكر الولد وعلى تقدير أن يكون متعلقاً بقوله ولا تصير الجارية أم ولد لأنه لا ملك له فيها حقيقة، فتقديره كما في أم ولد المغرور. وقوله: (وإن كذبه) معطوف على قوله فإن صدقه المكاتب. وقوله: (ولو ملكه) يعني ولد الجارية الذي ادعاه وكذبه المكاتب (يوماً) من الدهر (ثبت نسبه منه لقيام الموجب) وهو الإقرار بالاستيلاد (وزوال المانع) وهو حق المكاتب. قال في المبسوط: وإذا ملك المولى الجارية: أي في صورة التصديق يوماً من الدهر صارت أم ولد له لأنه ملكها وله منها ولد ثابت النسب، وإن كذبه المكاتب ثم ملكه يوماً ثبت نسبه منه لأن حق الملك له في المحل كان مثبتاً للنسب منه عند صحة الدعوة: إلا أن بمعارضة المكاتب إياه بالتكذيب امتنع صحة دعوته، وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب، وإليه المآب.

قال المصنف: (وهو أنه كسب كسبه) أقول: الضمير راجع إلى الجارية بتأويل الشخص أو باعتبار الخبر قوله: (فتقديره كما في أم ولد المغرور) أقول: على تقدير المضاف وإرادة المعنى اللغوي في أم الولد.

---

(١) قوله: (وفي غيرها إلخ) بهامش نسخة العلامة البحراوي، كذا في النسخ الحاضرة. ولعله في غيره: أي غير المحيط لا يصح تدبيرها: أي تدبير أم الولد، والله أعلم اهـ كتبه مصححه.

كتاب الأيمان

قال: (الأيمان على ثلاثة أضرب) اليمين الغموس، ويمين منعقدة، ويمين لغو. فالغموس هو الحلف على أمر

كتاب الأيمان

اشترك كل من اليمين والعتاق والطلاق والنكاح في أن الهزل والإكراه لا يؤثر فيه، إلا أنه قدم على الكل النكاح لأنه أقرب إلى العبادات كما تقدم، والطلاق رفعه بعد تحققه فإيلاؤه أوجه. واختص الإعتاق عن الأيمان بزيادة مناسبة بالطلاق من جهة مشاركته إياه في تمام معناه الذي هو الإسقاط، وفي لازمه الشرعي الذي هو السراية فقدمه على اليمين. ولفظ اليمين مشترك بين الجارحة والقسم والقوّة لغة، والأولان ظاهران. وشاهد القوة قوله تعالى ﴿لأخذنا منه باليمين﴾ وقول الشماخ وقيل الحطيئة:

رأيت عرابة الأوسي يسمو ... إلى الخيرات منقطع القرين

إذا ما راية رفعت لمجد ... تلقاها عرابة باليمين

أي بالقوة، ثم قولهم إنما سمي القسم يميناً لوجهين: أحدهما أن اليمين هو القوة والحالف يتقوّى بالأقسام على الحمل أو المنع. والثاني أنهم كانوا يتماسكون بأيمانهم عند القسم فسميت بذلك. يفيد أنه لفظ منقول ومفهومه اللغوي جملة أولى إنشائية صريحة الجزءين يؤكد بها جملة بعدها خبرية، وترك لفظ أولى يصيره غير مانع لدخول نحو زيد قائم زيد قائم وهو على عكسه، فإن الأولى هي المؤكدة بالثانية من التوكيد اللفظي وجملة أعم من الفعلية كحلفت بالله لأفعلن أو أحلف والإسمية مقدمة الخبر كعليّ عهد الله أو مؤخرته نحو لعمرك لأفعلن. وهو مثال أيضاً لغير المصرح بجزءيها ومنه الله وتالله، فإن الحرف جعل عوضاً عن الفعل. وأسماء هذا المعنى التوكيدي ستة: الحلف، والقسم، والعهد، والميثاق، والإيلاء، واليمين. وخرج بإنشائية نحو تعليق الطلاق والعتاق، فإن الأولى ليست إنشاء فليست التعاليق أيمانا لغة، وأما مفهومه الاصطلاحي فجملة أولى إنشائية مقسم فيها باسم الله تعالى أو صفته ومؤكد بها مضمون ثانية

كتاب الأيمان

المناسبات التي تقدم ذكرها بين الكتب إلى ههنا اقتضت الترتيب على ما تقدم، وذكر الأيمان عقيب العتاق لمناسبتها له في عدم تأثير الهزل والإكراه فيهما. واليمين في اللغة القوّة، قال الله تعالى «لأخذنا منه باليمين» وفي الشريعة: عقد قويّ به عزم الحالف على الفعل أو الترك. وشرطها كون الحالف مكلفاً. وسببها إرادة تحقيق ما قصده. وركنها اللفظ الذي ينعقد به اليمين. وحكمه البرّ فيما يجب فيه البرّ والكفارة عند فواته، وإنما قيد بقوله فيما يجب البرّ فيه لأن من الأيمان ما يجب فيه الحنث على ما سيأتي (والأيمان على ثلاثة أضرب) لأن اليمين بالله إما أن يكون فيها مؤاخذة أولاً؛ فإن كانت فإما أن تكون دنيوية فهي المنعقدة،

كتاب الأيمان

قوله: (وشرطها كون الحالف مكلفاً) أقول: وفي البدائع: أي مسلماً عاقلاً بالغاً، فلا يصح يمين الكافر عندنا، حتى إن الكافر إذا حلف على يمين ثم أسلم فحنث لا كفارة عليه، خلافاً للشافعي اهـ. وقوله لا كفارة عليه هذا عندنا لأنها عبادة والكافر ليس من أهلها، وقوله خلافاً للشافعي لأن الكافر من أهل اليمين عنده ولذلك يستحلف في الدعاوى والخصومات، وكذا يصح إيلاؤه قوله: (لأن اليمين بالله إلخ)

ماض يتعمد الكذب فيه، فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله ﷺ «من حلف كاذباً أدخله الله النار» **(ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار)** وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه: فيها الكفارة لأنها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى، وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذباً فأشبه المعقودة. ولنا أنها كبيرة محضة، والكفارة عبادة تتأدى بالصوم، ويشترط فيها

السامع ظاهراً وتحمل المتكلم على تحقيق معناها فدخلت بقيد ظاهر الغموس أو التزام مكروه كفر أو زوال ملك على تقدير ليمنع عنه أو محبوب ليحمل عليه فدخلت التعليقات مثل إن فعل فهو يهودي وإن دخلت فأنت طالق بضم التاء لمنع نفسه وبكسرها لمنعها وإن بشرتني فأنت حرّ، وسببها الغائي تارة إيقاع صدقه في نفس السامع وتارة حمل نفسه أو غيره على الفعل أو الترك، فبين المفهوم اللغوي والشرعي عموم من وجه لتصادقهما في اليمين بالله، وانفراد اللغوي في الحلف بغيره مما يعظم، وانفراد الاصطلاحي في التعليقات. ثم قيل: يكره الحلف بالطلاق والعتاق لقوله ﷺ «من كان حالفاً فليحلف بالله»[1] الحديث، والأكثر على أنه لا يكره لأنه لمنع نفسه أو غيره، ومحمل الحديث غير التعليق مما هو بحرف القسم، وركنها اللفظ الخاص، وأما شرطها فالعقل والبلوغ، وحكمها الذي يلزم وجودها وجوب البر فيما إذا عقدت على طاعة أو ترك معصية فيثبت وجوبان لأمرين الفعل والبر، ووجوب الحنث في الحلف على ضدهما أو ندبة فيما إذا كان عدم المحلوف عليه جائزاً وسيأتي. وإذا حنث فيما يجوز فيه الحنث أو يحرم لزمته الكفارة قوله: **(اليمين على ثلاثة أضرب: يمين الغموس)** والأصح من النسخ اليمين الغموس على الوصف لا بالإضافة أو يمين غموس، وأما يمين الغموس فإضافة الموصوف إلى صفته وهي ممنوعة، وما قيل: هو كعلم الطب ردّ بأنه إضافة الجنس إلى نوعه لأن الطب نوع لا وصف للمضاف ومثل صلاة الأولى مقصور على السماع، وسميت غموساً لغمسها صاحبها في الإثم ثم في النار فَعُول بمعنى فاعلة[2] بصيغة المبالغة قوله: **(فالغموس هو الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب به)** وليس هذا بقيد بل الحلف على الحال أيضاً كذلك كوالله ما لهذا عليّ دين وهو يعلم خلافه، والحديث المذكور غريب بهذا اللفظ[3] ومعناه ثابت بلا شبهة. وأقرب الألفاظ إليه ما في صحيح ابن حبان من حديث أبي أمامة

أو أخروية فهي الغموس؛ وإن لم تكن فهي اللغو **(فالغموس هي الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه)** وذكر المضي ليس بشرط بل هو بناء على الغالب؛ ألا ترى أنه إذا قال والله إنه لزيد وهو يعلم أنه ليس بزيد كان غموساً **(فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله ﷺ «من حلف كاذباً أدخله الله النار»)** ولولا الإثم لما كان كذلك، واسمه يدل على معناه لأنه ما سمي غموساً إلا لأنها تغمس صاحبها في الإثم ثم في النار. وقال شمس الأئمة السرخسي: اليمين الغموس ليست بيمين على الحقيقة، لأن اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة، والكبيرة ضد المشروع، ولكن سماه يميناً مجازاً لأن ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمي النبي ﷺ بيع الحرّ بيعاً مجازاً لأن ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع والتعريف الذي ذكرناه لم يتناوله **(ولا كفارة فيها، لكن فيها التوبة والاستغفار. وقال الشافعي: فيها الكفارة لأن الكفارة شرعت لرفع ذنب هتك حرمة إسم الله تعالى وقد**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦٧٩ و ٦٦٤٦ و ٦٦٤٧ و ٦١٠٨ ومسلم ١٦٤٦ وأبو داود ٣٢٤٩ والترمذي ١٥٣٤ و ١٥٣٥ والنسائي ٧/ ٤ وابن ماجه ٢٠٩٤ والدارمي ٢٢٥٣ وابن الجارود ٩٢٢ ومالك ٢/ ٤٨٠ وعبد الرزاق ١٥٩٢٣ و ١٥٩٢٤ والحميدي ٦٢٤ وابن حبان ٤٣٥٩ و ٤٣٦٠ والطيالسي ١٩ وأحمد ٢/ ١١. ١٧. ٨. ١٨. ٣٦ والبيهقي ١٠/ ٢٨ من طرق كثيرة كلهم من حديث ابن عمر قال: «إن رسول الله ﷺ أدرك عمر ابن الخطاب وهو يحلف بأبيه، فقال: إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم. فمن كان حالفاً، فليحلف بالله، أو لِيَسْكُتْ» ورواية أو لِيَصمت، ورواية: لا تحلفوا بآبائكم.

قال النووي في شرح مسلم ١١/ ١٠٥: قال العلماء: الحكمة في النهي عن الحلف بغير الله تعالى هي أن الحلف يقتضي تعظيم المحلوف به، وحقيقة العظمة مختصة بالله تعالى، فإن قيل: ورد: أفلح وأبيه إن صدق، فجوابه أن هذه كلمة تجري على اللسان لا تقصد بها اليمين.

(٢) غموس بوزن فَعُول. وهي بمعنى فاعلة. أي غامسة.

(٣) لا يوجد بهذا اللفظ. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٩٢ عن حديث أورده صاحب الهداية، ولفظه: «من حلف كاذباً أدخله الله النار» فقال الزيلعي: غريب بهذا اللفظ، وكذا وافقه ابن الهمام، وكذا ابن حجر في الدراية ٢/ ٩٠ حيث قال: لم أجده هكذا.

النية فلا تناط بها، بخلاف المعقودة لأنها مباحة، ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدإ، وما في الغموس

قال: قال رسول الله ﷺ «من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرىء مسلم حرّم الله عليه الجنة وأدخله النار»[1] وفي الصحيحين «لقي الله وهو عليه غضبان»[2] وفي سنن أبي داود من حديث عمران بن حصين قال: قال رسول الله ﷺ «من حلف على يمين مصبورة كاذباً فليتبوّأ مقعده من النار»[3] والمراد بالمصبورة الملزمة بالقضاء والحكم: أي المحبوس عليها لأنها مصبور عليها قوله: (ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار) وهو قول أكثر العلماء منهم مالك وأحمد رضي الله عنهما وقال الشافعي رحمه الله: (فيها الكفارة لأنها شرعت) في الأصل وهي المعقودة (لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق) في الغموس فيتعدى إليه وجوبها (ولنا أنها كبيرة محضة) لما ثبت في صحيح البخاري من حديث ابن عمر عنه ﷺ أنه قال «الكبائر: الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وقتل النفس، واليمين الغموس»[4] (والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم، ويشترط فيها النية فلا تناط بها) أي بما هو كبيرة (بخلاف المعقودة لأنها مباحة ولو كان فيها ذنب) بأن يحنث في موضع وجوب البرّ على ما ذكرنا من التفصيل (فهو متأخر متعلق باختيار مبتدإ) غير مقارن متعمد بنفس اليمين كما في الغموس فامتنع الإلحاق. وحاصل هذا إبداء وصف في الأصل وهو كونه

تحقق) ذلك الذنب (بالاستشهاد بالله كاذباً) فلا بد من رفعه وذلك بالكفارة كما في المعقودة (ولنا أنها) أي اليمين الغموس (كبيرة محضة) لقوله عليه الصلاة والسلام «خمس من الكبائر لا كفارة فيهن» وذكر منها الغموس، وكل ما هو كبيرة محضة لا تناط بها العبادة لما أن أسباب العبادات لا بد وأن تكون أموراً مباحة كما عرف في الأصول (والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم، ويشترط فيها النية فلا تناط الغموس بها، بخلاف المعقودة لأنها مباحة) فجاز أن تناط بها العبادة. وفيه بحث من أوجه: الأول لو كان ما

أقول: خص اليمين بالله بالذكر لأن الغموس واللغو لا يتصوران في اليمين بغير الله كالطلاق والعتاق، ولا ينتقض هذا بقولهم هو يهودي أو نصراني إن كان فعل كذا لشيء قد فعله فإنه غموس كما سيجيء مع أنه ليس يميناً بالله، لأنه كناية عن اليمين بالله وإن لم يعقل وجه الكناية صرح به في البدائع.

قوله: (فلا تناط الغموس بها إلخ) أقول: فيه قلب، والمراد لا تناط بالغموس قوله: (والعبادة حسنة وإتباعها إياها مباح لها) أقول: أنت خبير بأن الإباحة لا تعارض عدم الوجوب الذي هو مدعي الأصحاب، والظاهر أن العبارة ماح اسم فاعل من محا ويدل عليه قوله لها قوله: (ويرفعها عند إلخ) أقول: ضمير يرفعها راجع إلى المنعقدة.

---

(١) صحيح. أخرجه مالك ٢/ ٧٢٧ ومسلم (١٣٧) (٢١٨ . ٢١٩) والدارمي ٢٥٠٥ وأحمد ٥/ ٢٦٠ وابن حبان ٥٠٨٧ والطبراني ٧٩٨ و ٨٠٠ وابن ماجه ٢٣٢٤ والطحاوي في المشكل ١/ ١٨٦ والبيهقي ١٠/ ١٧٩ كلهم من حديث أبي أمامة مع زيادة: «قالوا: وإن كان شيئاً يسيراً يا رسول الله؟ قال: وإن كان قضيباً من أراك. قالها ثلاثاً».

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٥٦ و ٢٣٥٧ و ٢٦٧٣ و ٢٦٧٦ و ٢٦٧٧ و ٤٥٤٩ و ٤٥٥٠ و ٦٦٥٩ و ٦٦٦٠ و ٦٦٧٦ و ٦٦٧٧ و ٧١٨٣ و ٧١٨٤ ومسلم ١٣٨ ح ٢٢٠ وأبو داود ٣٢٤٣ والترمذي ١٢٦٩ و ٢٩٩٦ وابن ماجه ٢٣٢٣ وابن حبان ٥٠٨٤ والشافعي ٢/ ٥١ والطيالسي ٢٦٢ و ١٠٥١ وأحمد ١/ ٤٢٦ . ٣٧٧ . ٤١٦ . ٤٦٠ و ٥/ ٢١١ . ٢١٢ والبغوي ٢٥٠٠ والبيهقي ١٠/ ٤٤ . ١٧٨ . ٢٥٣ والطحاوي في المشكل ٤٤٢ والطبراني ١٠٢٤٨ و ١٠٣٠٧ من طرق كثيرة كلهم من حديث ابن مسعود مرفوعاً: «من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرىء مسلم لقي الله وهو عليه غضبان». الحديث.

(٣) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٢٤٢ وأحمد ٤/ ٤٣٦ . ٤٤١ كلاهما من طريق هشام بن حسان عن ابن سيرين عن عمران بن حصين، وإسناد صحيح رجاله كلهم ثقات

قال ابن حجر في التقريب: هشام بن حسان أثبت الناس في ابن سيرين.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٦٨٧٠ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص بهذا اللفظ.

وأخرجه البخاري ٦٨٧١ ومسلم ٨٨ كلاهما من حديث أنس قال: «سئل رسول الله ﷺ عن الكبائر فقال: الإشراك بالله، وقتل النفس، وعقوق الوالدين، وقول الزور، أو قال: وشهادة الزور».

تنبيه: وقع المصنف: من حديث ابن عمر. وصوابه ابن عمرو بن العاص كما تقدم.

ملازم فيمتنع الإلحاق (والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله، وإذا حنث في ذلك لزمته الكفارة) لقوله تعالى: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان﴾ وهو ما ذكرنا (واليمين

مباحاً وادعاء كونه جزء المؤثر لكونه غير مناسب للحكم وقد نقض بالظهار. ويجاب بأن الموجب فيه العود لا نفس الظهار، قال تعالى ﴿ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة﴾ وهو مباح لكونه إمساكاً بالمعروف وبالإفطار في رمضان ولو بخمر أو زنا. وأجيب: الكفارة باعتبار الفطر العمد المشتهى، ويجب الحدّ باعتبار أنهما في أنفسهما كبيرة. ولخصه آخر بأن ذلك حرام في نفسه وحرام لغيره وهو الصوم فوجب الحدّ بالأول والكفارة بالثاني. ونقض أيضاً بقتل المحرم صيداً عمداً. وأجيب بأن عين الفعل ليس حراماً؛ حتى لو فعله في غير الإحرام والحرم لم يحرم وإنما حرم بإحرامه وبالحرم لا بنفسه. وصحح شارح الإيراد ومنع نفي كون المعصية سبباً للكفارة وجعل المذكور من الأجوبة خبطاً ولم يبين موضع الفساد فيها. وهو واضح لأن كلامهم هذا يقتضي تقييد قولهم: المعصية لا تصلح سبباً للكفارة لكونها عبادة بما إذا كان حراماً لعينه ومرجعه إلى التحسين والتقبيح في الفعل لذاته، وهو منتف عند الأشعرية وهو قليل جداً كأنه لا يزيد على الكفر والظلم، وكون اليمين الغموس منه قد يمنع لأن اليمين في نفسه مباح أو عبادة إذ هو ذكر الله تعالى على وجه التعظيم، وهذا لا يسقط من قلب المؤمن الحالف غموساً وإلا كانت كفراً، وإنما روّج به باطله فقبحها ليس إلا بعدم مطابقة المحلوف عليه أو لقصده ذلك، وذلك خارج عن اليمين موجب لحرمتها فكان من قبيل ما حرم لغيره. على أن كون حرمه السبب تمنع مناسبتها للعبادة لا يفصل بين كون الحرمة لعينة أو لغيره، ولو قيل: لا يلزم من شرعية الكفارة جابرة أو ساترة في ذنب أخف شرعيتها كذلك في ذنب أعظم كان أوجه. وللشافعي أيضاً الغموس مكسوبة بالقلب، والمكسوبة يؤاخذ بها لقوله تعالى ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم﴾ [البقرة ٢٢٥] وبين سبحانه وتعالى المراد بالمؤاخذة بقوله تعالى ﴿ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته﴾ [المائدة ٨٩] فبين أن المراد بها الكفارة. والجواب أن المؤاخذة مطلقاً في الآخرة فهي المراد بالمؤاخذة في المكسوبة والمراد بها في المعقودة الكفارة كما ذكرنا، قالوا: الغموس داخلة في المعقودة فتجب الكفارة بها بالنص من غير حاجة إلى زيادة تكلف. الجواب منع أنها معقودة لأنها ربط في الشرع للاسم العظيم بمعنى على وجه حمله عليه في المستقبل أو منعه منه، فإذا حنث انحلت لارتفاع المانع والحامل أو لتوكيد صدقه الظاهر، فإذا طابق الخبر برّ وانحلت، ولا شك أن بالحنث تنحل اليمين والغموس قارنها ما يحلها وهو ما لو طرأ عليها رفعها وحلها فلم تنعقد، لأنه إذا قارنها منع انعقادها كالردة والرضاع في النكاح، بخلاف مس السماء ونحوه فإنه لم يقارنها لأنها عقدت على أمر في المستقبل فما يحلها هو انعدامه في المستقبل لا في الحال، وعلى هذا قيل الغموس ليست بيمين حقيقة لأن اليمين الشرعية تعقد للبرّ وهو غير ممكن فيها، وما قطع بانتفاء فائدته شرعاً يقطع بانتفائه شرعاً، وتسميتها يميناً مجاز بعلاقة الصورة كالفرس للصورة المنقوشة أو هو من الحقيقة اللغوية، وعلى أحدهما يحمل قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين الفاجرة» ونحوه على ما ذكرناه. واعلم أن المعقودة عند الشافعي ليست سوى المكسوبة بالقلب، وكون الغموس قارنها الحنث لا ينفي الانعقاد عنده، وكونها لا تسمى يميناً لأنها لم تنعقد للبرّ بعيد إذ لا شك في تسميتها يميناً لغة وعرفاً وشرعاً بحيث لا تقبل التشكيك، فليس الوجه إلا ما قدمنا من أن شرعية الكفارة لرفع ذنب أصغر لا يستلزم شرعها لرفع أكبر، وإذا

ذكرتم صحيحاً لما وجبت الكفارة على المظاهر لكون الظهار منكراً من القول وزوراً وهذا نقض إجمالي. الثاني لما وجبت بالأدنى وجبت بالأعلى بطريق الأولى الثالث الكبيرة سيئة والعبادة حسنة وإتباعها إياها مباح لها لقوله عليه الصلاة والسلام «أتبع السيئة الحسنة تمحها» وهاتان معارضتان. والجواب عن الأول أن الكفارة لم تجب بالظهار بل بالعود الذي هو العزم على الوطء وهو مباح. وعن الثاني بأنه لا يلزم من رفع الأضعف بشيء رفع الأقوى به. وعن الثالث بأن الحسنة تمحو السيئة المقابلة لها، ومقابلة هذه الحسنة لهذه السيئة ممنوعة بل المظنون خلاف المقابلة لقوله ﷺ «خمس من الكبائر لا كفارة فيهن» الحديث.

اللغو أن يحلف على أمر ماض وهو يظن أنه كما قال والأمر بخلافه فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها) ومن اللغو أن يقول: والله إنه لزيد وهو يظنه زيداً وإنما هو عمرو، والأصل فيه قوله تعالى: **﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم﴾** الآية، إلا أنه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره. قال: **(والقاصد في اليمين والمكره**

أدخلها في مسمى المنعقدة وجعل المنعقدة تنقسم إلى غموس وغيرها عسر النظر معه إلا أن يكون لغة أو سمع. وقد روي الإمام أحمد في مسنده بإسناد جيد صرح بجودته ابن عبد الهادي عن رسول الله ﷺ في حديث مطوّل قال فيه «خمس ليس لهن كفارة: الشرك بالله عز وجل. وقتل النفس بغير حق، وبهت مؤمن، والفرار من الزحف، واليمين صابرة يقتطع بها مالاً بغير حق»[١] انتهى. وكل من قال لا كفارة في الغموس لم يفصل بين اليمين المصبورة على مال كاذباً وغيرها، وصابرة بمعنى مصبورة كعيشة راضية، وتقدم أن المصبورة المقضي بها لأنها مصبور عليها: أي محبوس، والصبر حبس النفس على المكروه، ومنه قتله صبراً إذا لم يكن في حال تصرفه ودفعه مختاراً عن نفسه قوله: **(والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله، فإذا حنث لزمته الكفارة لقوله تعالى ﴿ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته﴾ [المائدة ٨٩ الآية])** و «ما» في قوله ما يحلف مصدرية: أي الحلف على أمر في المستقبل، وهذا يفيد أن الحلف على ماض صادقاً فيه كوالله لقد قدم زيد أمس لا تسمى منعقدة، ويقتضي أنها إما ليست بيمين وهو بعيد، أو زيادة أقسام اليمين على الثلاثة وهو مبطل لحصرهم السابق، وفي كلام شمس الأئمة ما يفيد أنها من قبيل اللغو، فإن أراد لغة فممنوع لأنه ما لا فائدة له فيه وفي هذا اليمين فائدة تأكيد صدقه في خبره عند السامع، وإن أراد دخولها في اللغو المذكور في الآية بحسب الإرادة فقد فسره السلف واختلفوا فيه، ولم يقل أحد بذلك فكان خارجاً عن أقوال السلف. والجواب أن الأقسام الثلاثة فيما يتصور فيه الحنث لا في مطلق اليمين قوله: **(ويمين اللغو أن يحلف على أمر ماض وهو يظن أنه كما قال والأمر بخلافه)** مثل والله لقد دخلت الدار والله ما كلمت زيداً ونحوه، ويدخل في

وقوله: **(ولو كان فيها ذنب)** جواب عما يقال المباح هو ما لا يكون فيه ذنب والمنعقدة فيها ذنب فلا تكون مباحة فلا تناط بها العبادة كما ذكرتم. وتقريره: لو كان في المنعقدة ذنب لهتك حرمة اسم الله تعالى فهو متأخر عن وقت الانعقاد باختيار مبتدإ لم يدخل في السببة ويرفعها عند الطريان، بخلاف الغموس فإن الذنب فيها لازم لا يفارقه لا ابتداء ولا انتهاء **(فيمتنع الإلحاق)** أي إلحاق الغموس بالمنعقدة. وفي هذا الجواب تلويح إلى الجواب عن قوله فأشبه المعقودة **(والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل)** وكلامه ظاهر.

وقوله: **(إلا أنه علقه بالرجاء)** إشارة إلى ما قال في المبسوط. فإن قيل: فما معنى تعليق محمد نفي المؤاخذة في هذا النوع بالرجاء بقوله نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها وعدم المؤاخذة في اليمين اللغو منصوص عليه وما عرف بالنص فهو مقطوع به؟

قوله: **(وذلك غير معلوم بالنص)** أقول: أشار بقوله ذلك إلى قوله نفي المؤاخذة إلخ قوله: **(قال في تفسير اللغو لا والله إلخ)** أقول: في باب المعارضة والترجيح من التوضيح والتلويح كلام متعلق بالمقام قوله: **(لأن فائدتها المنع إلخ)** أقول: ولأحد أن يمنع ذلك بأن الفائدة قد تكون تصديق السامع لخبر الحالف كما في الأيمان الصادقة على الأمور الماضية فلا يكون القاصد لليمين بناء على اعتقاده لاغياً، ثم لو صح ما ذكر لكان الغموس لغواً أيضاً قوله: **(ولقائل أن يقول في حصر الأيمان على الثلاثة على التفسير المذكور في الكتاب نظر إلخ)** أقول: وفي أول كتاب الأيمان من شرح الوقاية لصدر الشريعة ما يصلح أن يكون جواباً عن هذا الإشكال فراجعه قوله: **(لما مر من تعريفها)** أقول: فيه أن الغموس واللغو خارجان عن التعريف أيضاً إلا أنه كلام على السند الأخص.

---

(١) حسن. أخرجه أحمد ٢/ ٣٦١، ٣٦٢ من حديث أبي هريرة وفيه بقية مدلس؛ لكن أخرجه ابن أبي عاصم في السنة ١/ ٩٨ من طريق بقية، وصرح فيه بقية بالتحديث، فزالت تهمة التدليس، وبقية رجاله ثقات.
وقد حكم ابن عبد الهادي. بجودته كما ذكر المصنف ابن الهمام.

والناسي سواء) حتى تجب الكفارة لقوله ﷺ «ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ: النكاح، والطلاق، واليمين» والشافعي

ذلك الأفعال كما ذكرنا والصفات. ومن الثاني ما في الخلاصة: رجل حلفه السلطان أنه لم يعلم بأمر كذا فحلف ثم تذكر فعلم أنه كان يعلم أرجو أن لا يحنث (فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها) وإنما قيد محمد عدم المؤاخذة بالرجاء مع أنه مقطوع به في كتاب الله تعالى حين قال ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم﴾ [البقرة ٢٢٥] للاختلاف في معنى اللغو، ففسره محمد بما ذكر وهو مروى عن ابن عباس وبه قال أحمد. وقال الشافعي: كل يمين صدرت عن غير قصد في الماضي وفي المستقبل. وهو مباين للتفسير المذكور لأن الحلف على أمر يظنه، كما قال: لا يكون إلا عن قصد، وهو رواية عن أحمد، وهو معنى ما روى صاحب السنن عن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ وهو كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله[1]. وقال الشعبي ومسروق: لغو اليمين أن يحلف على معصية فيتركها لاغياً بيمينه. وقال سعيد بن جبير: أن يحرّم على نفسه ما أحلّ الله له من قول أو عمل. فلما اختلف في معنى اللغو علقه بالرجاء. والأصح أن اللغو بالتفسيرين الأولين وكذا بالثالث متفق على عدم المؤاخذة به في الآخرة، وكذا في الدنيا بالكفارة فلم يتم العذر عن التعليق بالرجاء، فالأوجه ما قيل: إنه لم يرد به التعليق بل التبرك باسم الله والتأدب فهو كقوله ﷺ لأهل المقابر: «وإنا إن شاء الله بكم لاحقون»[2]. وأما التفسير الرابع فغير مشهور، وكونه لغواً هو اختيار سعيد قوله: (والقاصد في اليمين والمكره عليه والناسي) وهو من تلفظ باليمين ذاهلاً عنه ثم تذكر أنه تلفظ به. وفي بعض النسخ: الخاطىء وهو من أراد أن يتكلم بكلام غير الحلف فجرى على لسانه اليمين، فإذا حنث لزمته الكفارة لقوله: (عليه الصلاة والسلام «ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ: النكاح، والطلاق، واليمين») هكذا ذكره المصنف، وبعضهم كصاحب الخلاصة جعل مكان اليمين العتاق، والمحفوظ حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن

قلنا نعم، ولكن صورة تلك اليمين مختلف فيها، وإنما علق بالرجاء نفي المؤاخذة في اللغو بالصورة التي ذكرها، وذلك غير معلوم بالنص، وما ذكر في الكتاب من تفسير اللغو مروى عن زرارة بن أبي أوفى، وعن ابن عباس في إحدى الروايتين. وروي عن محمد أنه قال: هو قول الرجل في كلامه لا والله وبلى والله، وهو قريب من قول الشافعي رضي الله عنه، فإن عنده اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد سواء كان في الماضي أو في المستقبل وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنهما. وروت عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ أنه قال في تفسير اللغو: لا والله وبلى والله. وتأويله عندنا فما يكون خبراً عن الماضي، فإن اللغو ما يكون خالياً عن الفائدة والخبر في الماضي خال عن فائدة اليمين لأن فائدتها المنع أو الحمل وذلك لا يتحقق في الماضي فكان لغواً، أما في الخبر في المستقبل فعدم القصد لا يعدم فائدة اليمين، وقد ورد الشرع بأن الهزل والجد في

قوله: (ذلك هو القياس وقد ترك بالنص) أقول: وهو قوله عليه الصلاة والسلام «ثلاث جدهن جد» الحديث. قوله: (ولقائل أن يقول إقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه إلخ) أقول: والعلامة صدر الشريعة يمنع صحة دوران وجوب الاستبراء مع دليل شغل الرحم أيضاً، والتفصيل في كتاب الكراهية من شرح الوقاية فراجعه إن شئت.

---

(١) الصواب وقفه. أخرجه أبو داود ٣٢٥٤ من حديث عائشة وقال: روى هذا الحديث داود بن أبي الفرات عن إبراهيم الصائغ موقوفاً على عائشة، وكذا رواه الزهري، ومالك بن مغول كلهم عن عطاء عن عائشة موقوفاً اهـ.
وأخرجه مالك ٢/ ٤٧٧ والبخاري ٦٦٦٣ كلاهما عن هشام عن عروة عن عائشة موقوفاً. وهو الصواب مالك أحفظ من غيره، والبخاري أثبت من غيره أيضاً، وقد وافقهما أبو داود أيضاً على أن الصواب وقفه.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ٢٤٩ وأبو داود ٣٢٣٧ والنسائي ١/ ٩٣ ـ ٩٥ وابن ماجه ٤٣٠٦ ومالك ١/ ٢٨ ـ ٣٠ وابن حبان ٣١٧١ كلهم من حديث أبي هريرة.
وأخرجه مسلم ٩٧٥ وابن ماجه ١٥٤٧ وأحمد ٥/ ٣٥٣ ـ ٣٥٩ والنسائي ٤/ ٩٤ وابن حبان ٣١٧٣ كلهم من حديث بُريدة به، وصدر حديث أبي هريرة: «السلام عليكم دار قوم مؤمنين».

رحمه الله يخالفنا في ذلك، وسنبين في الإكراه إن شاء الله تعالى (ومن فعل المحلوف عليه مكرهاً أو ناسياً فهو سواء) لأن الفعل الحقيقي لا ينعدم بالإكراه وهو الشرط، وكذا إذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة، ولو

النبي ﷺ «ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ: النكاح، والطلاق، والرجعة»(١) وأخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه، وقد ورد حديث العتاق في مصنف عبد الرزاق من حديث أبي ذرّ قال: قال رسول الله ﷺ «من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز، ومن أعتق وهو لاعب فعتقه جائز» وروى ابن عدي في الكامل من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال «ثلاث ليس فيهن لعب من تكلم بشيء منهن لاعباً فقد وجب عليه الطلاق والعتاق والنكاح» وأخرج عبد الرزاق عن عليّ وعمر موقوفاً أنهما قالا «ثلاث لا لعب فيهن: النكاح، والطلاق، والعتاق» وفي رواية عنهما «أربع» وزاد «والنذر» ولا شك أن اليمين في معنى النذر فيقاس عليه. واعلم أنه لو ثبت حديث اليمين لم يكن فيه دليل لأن المذكور فيه جعل الهزل باليمين جدا، والهازل قاصد لليمين غير راض بحكمه فلا يعتبر عدم رضاه به شرعاً بعد مباشرته السبب مختاراً، والناسي بالتفسير المذكور لم يقصد شيئاً أصلاً ولم يدر ما صنع، وكذا المخطىء لم يقصد قط التلفظ به بل بشيء آخر فلا يكون الوارد في الهازل وارداً في الناسي الذي لم يقصد قط مباشرة السبب فلا يثبت في حقه نصاً ولا قياساً، وإذا كان اللغو بتفسيرهم وهو أن يقصد اليمين مع ظن البرّ ليس لها حكم اليمين، فما لم يقصده أصلاً بل هو كالنائم يجري على لسانه طلاق أو عتاق لا حكم له أولى أن لا يكون لها حكم اليمين. وأيضاً فتفسير اللغو المذكور في حديث عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ وهو أنه كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله(٢)، وإن لم يكن هو نفس التفسير الذي فسروا به الناسي فإن المتكلم كذلك في بيته لا يقصد التكلم به على بل يجري على لسانه بحكم العادة غير مراد لفظه ولا معناه، ولو لم يكن إياه كان أقرب إليه من الهازل، فحمل الناسي على اللاغي بالتفسير المذكور أولى من حمله على الهازل، وهذا الذي أدينه وتقدم لنا مثله في الطلاق فلا تكن غافلاً قوله: (والشافعي يخالفنا في ذلك) فيقول: لا تنعقد يمين المكره ولا الناسي ولا المخطىء للحديث المشهور «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»(٣) قال المصنف (وسنبين ذلك في الإكراه إن شاء الله تعالى) واستدل ابن الجوزي في التحقيق للشافعي وأحمد رضي الله عنهما

اليمين سواء. ولقائل أن يقول في حصر الأيمان على الثلاثة على التفسير المذكور في الكتاب نظر، لأن قول الرجل والله إني لقائم الآن في حال قيامه مثلاً يمين، وليس من الضروب المذكورة في الكتاب على التفسير المذكور. ويمكن أن يلتزم بأنه ليس بيمين على هذا الاصطلاح لما مر من تعريفها، وإنما هذا قسم وهو جملة إنشائية بها جملة أخرى (والقاصد في اليمين والمكره والناسي) وهو أن يذهل عن التلفظ باليمين ثم يتذكر أنه تلفظ باليمين ناسياً. وفي بعض النسخ ذكر الخاطىء مكان الناسي، وهو أن يريد أن يسبح مثلاً فيجري على لسانه اليمين (سواء حتى تجب الكفارة لقوله ﷺ «ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ: النكاح، والطلاق، واليمين») فإن قلت: اليمين عقد يقوي بها عزم الحالف على الفعل أو الترك فهو من الأفعال الاختيارية فكيف يكون الناسي فيه كالقاصد؟ قلت: ذلك هو القياس وقد ترك بالنص. لا يقال: النص معارض بقوله عليه الصلاة والسلام «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان» الحديث لأنه مجمل ونص اليمين مفسر. وقوله: (والشافعي يخالفنا في ذلك) يعني في وجوب الكفارة على المكره والناسي (وسنبين في الإكراه إن شاء الله تعالى، ومن فعل المحلوف عليه ناسياً أو مكرهاً فهو سواء) أي فهو ومن فعله مختاراً

---

(١) تقدم تخريجه في باب النكاح مستوفياً، وإسناده قوي، وحديث أبي ذر الآتي تقدم أيضاً، وأما حديث أبي هريرة فأخرجه ابن عدي في الكامل ٦/ ٥ في ترجمة غالب بن عبيد الله الجزري ونقل عن ابن معين توهينه. والعمدة حديث أبي هريرة الأول. وأما اللفظ الذي ساقه صاحب الهداية، فغريب كما قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٩٣: وكذا وقع بهذا اللفظ لصاحب الخلاصة، والغزالي في الوسيط، وغيرهما، وكلاهما غريب حيث جعلوا: العتاق واليمين بدل الرجعة اهـ الزيلعي.

(٢) تقدم قبل قليل وأنه قول عائشة.

(٣) ضعيف وتقدم تخريجه مستوفياً وهو غريب بهذا اللفظ أيضاً.

كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب، والله تعالى أعلم بالصواب.

في عدم انعقاد يمين المكره بما رواه الدارقطني عن واثلة بن الأسقع وأبي أمامة قالا: قال رسول الله ﷺ «ليس على مقهور يمين»[1] ثم قال عنبسة ضعيف. قال صاحب تنقيح التحقيق: حديث منكر بل موضوع، وفيه جماعة لا يجوز الاحتجاج بهم قوله: (ومن فعل المحلوف عليه مكرهاً أو ناسياً فهو سواء) فتجب عليه الكفارة كما لو فعله ذاكراً يمينه مختاراً. وعن كل من الشافعي وأحمد روايتان يحنث ولا يحنث، وهو الأصح عند الشافعي للحديث المذكور وقد مرّ جوابه في طلاق المكره من كتاب الطلاق، وهذا (لأن الفعل الحقيقي لا ينعدم بالأكراه وهو الشرط) يعني بالشرط السبب لوجوب الكفارة لأن الحنث هو السبب عندنا، وإنما يناسب حقيقة مذهب الشافعي لأن السبب عنده اليمين والحنث شرط على ما عرف. والحاصل أن الوجوب يثبت عنده سبباً كان أو شرطاً وبالنسيان والإكراه لم ينعدم وجوده فاستعقب وجوب الكفارة (وكذا إذا فعل المحلوف عليه وهو مغمى عليه أو مجنون) تلزمه الكفارة فيخرجها عنه وليه أو هو إذا أفاق لما ذكرنا من تحقق الشرط: أي السبب حقيقة. وقوله: ولو كانت الحكمة في إيجاب الكفارة رفع الذنب جواب عن سؤال مقدر هو أن وجوب الكفارة لرفع الذنب الحاصل بالحنث، ولا ذنب على الحانث إذا كان مغمى عليه أو مجنوناً. فأجاب بأن الحكمة لا يجب حصولها مع شرع الحكم دائماً بل تناط بمظنتها وهو كون شرع الحكم مع الوصف يحصل مصلحة أو يدفع ضرراً، كما في الاستبراء شرع وجوبه مع الملك المؤكد بالقبض يحصل معه دفع مفسدة اشتباه النسب فأدير على نفس الشراء مع القبض، سواء كان ذلك الوهم حاصلاً أولا كما في شراء الأمة الصغيرة التي لم تبلغ حدّ البلوغ. وأما قولهم: كما في شراء الأمة البكر ومن المرأة فليس بصحيح لأن التوهم حاصل لجواز حبل البكر ومملوكة المرأة على أن كونها لرفع الذنب دائماً ممنوع بل لتوفير تعظيم الاسم أن ينعقد على أمر ثم يحلف عنه مجاناً للعلم بذلك في موضع يجب فيه الحنث أو يندب، والله أعلم.

سواء. تركه لدلالة فحوى الكلام عليه لأن شرط الحنث وجود الفعل حقيقة وقد وجد لأنه لا ينعدم بالإكراه، (وكذلك فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة) وهو وجود الفعل الحسي. وقوله: (ولو كانت الحكمة رفع الذنب) جواب عما يقال الحكمة في إيجاب الكفارة رفع الذنب، والمغمى عليه والمجنون لا ذنب لهما لعدم فهم الخطاب فكيف تجب عليهما الكفارة.
وتقريره: الحكم وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لامع حقيقة الذنب، كوجوب الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل حتى أنه يجب وإن لم يوجد الشغل أصلاً بأن اشترى جارية بكراً أو اشتراها من امرأة. ولقائل أن يقول: إقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه إنما يكون إذا كان المدلول أمراً خفياً في الأصل فيدور عليه وإن لم يتصور المدلول في بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم، والمدلول في هذه الصورة وهو الذنب عند الحنث محقق ظاهر فلا يصح إقامة الدليل مقام المدلول.

---

(١) واو بمرة أخرجه الدارقطني ٤/ ١٧١ من حديث واثلة بن الأسقع وأبي أمامة.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٩٤: ذكره ابن الجوزي في التحقيق وضعفه بعنبسة بن عبد الرحمن.
وقال في التنقيح . أي ابن عبد الهادي .: حديث منكر بل موضوع وفيه جماعة ممن لا يجوز الاحتجاج بهم اهـ.

باب ما يكون يميناً وما لا يكون يميناً

قال: (واليمين بالله تعالى أو باسم آخر من أسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفاً كعزة الله وجلاله وكبريائه) لأن الحلف بها متعارف، ومعنى اليمين وهو القوّة حاصل لأنه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملاً ومانعاً. قال: (إلا قوله وعلم الله فإنه لا يكون يميناً) لأنه غير متعارف، ولأنه يذكر ويراد به المعلوم،

باب ما يكون يميناً وما لا يكون يميناً

قوله: (واليمين بالله أو باسم آخر من أسمائه) تفيد لفظة آخر أن المراد بالله اللفظ فتأمل، والاسم الآخر كالرحمن والرحيم والقدير، ومنه الذي لا إله إلا هو. وربّ السموات والأرض وربّ العالمين ومالك يوم الدين والأول الذي ليس قبله شيء والآخر الذي ليس بعده شيء، وإذا قالوا في قوله: والطالب الغالب إنه يمين لأنه تعارف أهل بغداد الحلف به لزم، إما اعتبار العرف فيما لم يسمع من الأسماء من الكتاب والسنة فإن الطالب لم يسمع بخصوصه بل الغالب في قوله تعالى ﴿والله غالب على أمره﴾ [يوسف ٢١] وإما كونه بناء على القول المفصل في الأسماء، ويفيد قوله آخر: أنه لا بد من كونه اسماً خاصاً، فلو قال: واسم الله وهو عام يقتضي أن لا يكون يميناً، والمنقول أنه لو قال: باسم الله ليس بيمين. وفي المنتقى رواية ابن رستم عن محمد أنه يمين فليتأمل عند الفتوى. ولو قال: وباسم الله يكون يميناً ذكر ذلك في الخلاصة. وقوله: أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفاً قيد في الصفة فقط، فأفاد أن الحلف بالاسم لا يتقيد بالعرف بل هو يمين تعارفوه أو لم يتعارفوه، وهو الظاهر من مذهب أصحابنا وهو الصحيح، وهو قول مالك وأحمد والشافعي في قول. وقال بعض مشايخنا: كل اسم لا يسمى به غير الله وكالله والرحمن فهو يمين، وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم والعليم والقادر والعزيز فإن أراد به يميناً فهو يمين، وإن لم يرد به فليس يميناً، ورجحه بعضهم بأنه إن كان مستعملاً لله سبحانه وتعالى ولغيره لا يتعين إرادة أحدهما إلا بالنية. وأما الصفة فالمراد بها اسم المعنى الذي لا يتضمن ذاتاً ولا يحمل عليها بهو هو كالعزّة والكبرياء والعظمة، بخلاف نحو العظيم فقيده بكونْ الحلف بها متعارفاً سواء كان من صفات الفعل أو الذات، وهو قول مشايخ ما وراء النهر، ولهذا قال محمد في قولهم: وأمانة الله أنه يمين،

باب ما يكون يميناً وما لا يكون يميناً

لما فرغ من بيان ضروب الأيمان بين ما يكون يميناً من الألفاظ وما لا يكون يميناً (واليمين بالله) أي بهذا الاسم (أو باسم آخر من أسمائه كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفات ذاته التي يحلف بها عرفاً كعزة الله وجلاله وكبريائه) والمراد بالاسم ههنا لفظ دال على الذات الموصوفة بصفة كالرحمن والرحيم وبالصفة المصادر التي تحصل عن وصف الله تعالى بأسماء فاعليها كالرحمة والعلم والعزة. والصفة على نوعين: صفة ذات وصفة فعل، لأنه إما أن يجوز الوصف به وبضده أو لا. والثاني صفة الذات كالعزة والعظمة والعلم. والأول صفة الفعل كالرحمة والغضب لجواز أن يقال رحم الله المؤمنين ولم يرحم الكافرين وغضب على اليهود دون المسلمين، ومشايخنا العراقيون على أن الحلف بصفات الذات يمين وبصفات الفعل ليس بيمين، ويلزمهم أن يكون وعلم الله يميناً، واعتذروا بأنه القياس ولكنه ترك لمجيئه بمعنى المعلوم، ومشايخ ما وراء النهر على أن الحلف بكل صفة تعارف الناس الحلف بها يمين وبكل صفة لم يتعارفوه ليس بيمين، وهو مختار المصنف رحمه الله. يدل على ذلك قوله يحلف بها عرفاً. وقوله لأن الحلف بها متعارف قوله: (ومعنى اليمين وهو القوة الخ) ذكره استظهاراً لأنه لما بنى الأيمان على العرف كان وجوده مغنياً عن

باب ما يكون يميناً وما لا يكون يميناً

. . . .

ثم سئل عن معناه فقال لا أدري لأنه رآهم يحلفون به فحكم بأنه يمين. ووجهه أنه أراد معنى والله الأمين، فالمراد الأمانة التي تضمنتها لفظة الأمين كعزّة الله التي هي ضمن العزيز ونحو ذلك، وعلى هذا فعدم كون وعلم الله وغضبه وسخطه ورحمته يميناً لعدم التعارف، ويزداد العلم بأنه يراد به المعلوم. فقول الشيخ أبي المعين في تبصرة الأدلة إن الحلف بالعلم والرحمة والغضب مشروع إن كان مراده الصفة القائمة به فليس على هذا الأصل، بل هو على محاذاة قول القائلين في الأسماء إن ما كان بحيث يسمى به والله تعالى وغيره إن أراد به الله تعالى كان يميناً وإلا لا، فجعل مثله في الصفات المجردة عن الدلالة على الذات إن أريد صفته القائمة، به فهو يمين وإلا لا. لا يقال: مقتضى هذا أن يجري في قدره الله مثله، إن أريد به الصفة كان يميناً أو المقدور على أن يراد بالمصدر المفعول أو المصدر ويكون على حذف مضاف: أي أثر قدرته لا يكون يميناً وليس المذهب ذلك. لأنا نقول: إنما اعتبر ذلك فيما لم يتعارف الحلف به وقدرة الله الحلف بها متعارف فينصرف إلى الحلف بلا تفصيل في الإرادة. ولمشايخ العراق تفصيل آخر هو أن الحلف بصفات الذات يكون يميناً أو بصفات الفعل لا يكون يميناً، وصفات الذات ما يوصف سبحانه بها ولا يوصف بأضدادها كالقدرة والجلال والكمال والكبرياء والعظمة والعزّة. وصفات الفعل ما يصح أن يوصف بها وبأضدادها كالرحمة والرضا لوصفه سبحانه بالغضب والسخط. وقالوا: ذكر صفات الذات كذكر الذات، وذكر صفات الفعل ليس كالذات. قيل: يقصدون بهذا الفرق الإشارة إلى مذهبهم أن صفات الفعل غير الله. والمذهب عندنا أن صفات الله لا هو ولا غيره، وهذا لأن الغير هو ما يصح انفكاكه بزمان أو بمكان أو بوجود. ولا يخفى أن هذا اصطلاح محض لا ينبغي أن يبتني الفقه باعتباره. وظاهر قول: هؤلاء أنه لا اعتبار بالعرف وعدمه، بل صفة الذات مطلقاً يحلف بها تعورف أو لا، وصفة الفعل لا يحلف بها ولو تعورف، وعلى هذا فيلزم أن سمع الله وبصره وعلمه يكون يميناً على قول هؤلاء، على اعتبار العرف لا يكون يميناً لأنه لم يتعارف الحلف بها وإن كانت من صفات الذات. وقال بعضهم: الأسماء التي لا تسمى بها غيره كربّ العالمين والرحمن ومالك يوم الدين إلى آخر ما قدمنا أول الباب يكون الحلف بها يميناً بكل حال، وكذا الصفات التي لا تحتمل أن تكون غير صفاته كعزّة الله وعظمته وجلاله وكبريائه وكلامه فينعقد بها اليمين بكل حال ولا حاجة إلى عرف فيها، بخلاف الأسماء التي تطلق على غيره تعالى كالحيّ والمؤمن والكريم يعتبر فيها العرف أو نية الحالف، وكذا ما يكون من صفته تعالى كعلم الله وقدرته فإنه قد يستعمل في المقدور والمعلوم اتساعاً، كما يقال اللهم اغفر علمك فينا، وكذا صفات الفعل كخلقه ورزقه، ففي هذه يجري التعليل بالتعارف وعدمه، ووجه الله يمين إلا أن أراد الجارحة

قوله: (إلا قوله وعلم الله) استثناء من صفة من صفاته لكن قيد هناك بقوله: التي يحلف بها عرفاً فيقتضي أن علمه مما يحلف به عرفاً فيتناوله الصدر فأخرجه من حكمه بعد دخوله في لفظه، وليس كذلك لأنه علله بأنه غير متعارف فكان استثناء منقطعاً لأنه لم يدخل. وأورد على تعليله الثاني القدرة فإنها تذكر ويراد بها المقدور. وأجيب بالمنع فإن المقدور بالوجود خرج عن أن يكون مقدوراً لأن تحصيل الحاصل محال فلم يحتمل إرادته بالحلف. وقيل: الوجود معدوم ولا تعارف بالحلف بالمعدوم فلم يكف المراد بالحلف بالقدرة إلا الصفة القائمة بذاته تعالى، بخلاف العلم إذا أريد به المعلوم فإنه لا يخرج المعلوم عن أن يكون معلوماً بالوجود فظهر الفرق. وهذا يوجب أن لا تصح إرادة المقدور بعد الوجود وهو غير صحيح، أما وقوعاً فقالوا: انظر إلى قدرة الله تعالى وليس المقصود قطعاً إلا الموجود. وأما تحقيقاً فلأن القدرة في المقدور إذا كان مجازاً لا يمتنع أن يطلق عليه مقدور بعد الوجود باعتبار ما كان فيكون لفظ قدرة في المقدور بعد الوجود مجازاً في المرتبة الثانية. نعم الحق أن لا موقع للتعليل الثاني لأن تفريغ كون الحلف بالعلم ليس يميناً ليس إلا على قول معتبري العرف وعدمه في اليمين، فالتعليل ليس إلا بنفي التعارف فيه، وأما لو فرع على

. . . .

يقال اللهم اغفر علمك فينا: أي معلومك **(ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفاً)** وكذا ورحمة الله **لأن الحلف بها** غير متعارف، ولأن الرحمة قد يراد بها أثره وهو المطر أو الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة **(ومن حلف بغير الله**

القول المفصل بين صفة الذات وغيرها وجب أن يكون يميناً لأن العلم من صفات الذات فلا معتبر بأنه يراد بالصفة المفعول على القولين فلا موقع للتعليل به قوله: **(من حلف بغير الله لم يكن حالفاً كالنبي والكعبة لقوله ﷺ «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت»)**(1) متفق عليه. قال: **(وكذا إذا حلف بالقرآن)** لأنه غير متعارف. قال: **(ومعناه أن يقول والنبي والقرآن)** أما إذا حلف بذلك بأن قال: أنا بريء من النبي والقرآن كان يميناً لأن التبرؤ منهما كفر فيكون في كل منهما كفارة يمين كما سيأتي وكذا إذا قال: هو بريء من الصلاة والصوم يكون يميناً عندنا، وكذا هو بريء من الإسلام إن فعل كذا، وبحرمة ﴿شهد الله﴾ [آل عمران ١٨] أو لا إله إلا الله ليس يميناً. ولو رفع كتاب فقه أو حساب فيه البسملة فقال هو بريء مما فيه إن فعل ففعل تلزمه الكفارة. ثم لا يخفى أن الحلف بالقرآن الآن متعارف فيكون يميناً كما هو قول الأئمة الثلاثة، وتعليل عدم كونه يميناً بأنه غيره تعالى، لأنه مخلوق لأنه حروف وغير المخلوق هو الكلام النفسي منع بأن القرآن كلام الله منزّل غير مخلوق. ولا يخفى أن المنزل في الحقيقة ليس إلا الحروف المنقضية المنعدمة وما ثبت قدمه استحال عدمه، غير أنهم أوجبوا ذلك لأن العوام إذا قيل لهم: القرآن مخلوق تعدوا إلى الكلام مطلقاً. وأما الحلف بكلام الله تعالى فيجب أن يدور مع العرف، وأما الحلف بحياتي وحياتك ومثله الحلف بحياة رأسك ورأس السلطان فذلك إن اعتقد أن البرّ واجب فيه يكفر. وفي تتمة الفتاوي قال عليّ الرازي: أخاف على من قال بحياتي وحياتك أن يكفر، ولولا أن العامة يقولونه ولا يعلمون لقلت إنه شرك. وعن ابن مسعود رضي الله عنه: لأن أحلف بالله كاذباً أحبّ إليّ من أن أحلف بغير الله صادقاً قوله: **(والحلف بحروف القسم إلى قوله ومذكور في القرآن)** قال تعالى ﴿فوربّ السماء والأرض إنه لحق﴾ [الذاريات ٢٣] ﴿والله ربنا ما كنا مشركين﴾ [الأنعام ٢٣] وقال تعالى ﴿تالله لقد أرسلنا رسلاً﴾ [الأنعام ٢٣] الآية، ومثل للباء بقوله ﴿بالله إن الشرك لظلم عظيم﴾ [لقمان ١٣] وفيه احتمال كونه متعلقاً

النظر إلى غيره. وقوله: **(إلا قوله وعلم الله)** استثناء منقطع من قوله أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفاً. فإن اليمين به إذا لم يكن متعارفاً كان استثناؤه عن العرف منقطعاً، والكلام في قوله ولأنه يذكر ويراد به المعلوم كالكلام في قوله ومعنى اليمين وهو القوة حاصل في أنه مذكور للاستظهار. نعم العراقيون يحتاجون إلى ذكر معذرة عن وروده على أصلهم كما تقدم. وقوله: **(لأن الرحمة قد يراد بها أثرها)** منقوض بقدرة الله تعالى لأنه يقال انظر إلى قدرة الله تعالى والمراد أثره، وإلا لكان بمعنى المقدور لكون القدرة غير مرئية فتكون كالعلم ومع ذلك يحلف بها. والحق أن مبنى الأيمان على العرف، فما تعارف الناس الحلف به كان يميناً، والحلف بقدرة الله تعالى متعارف، وبعلمه ورحمته وغضبه غير متعارف ولهذا قال محمد: وأمانة الله يمين، ثم لما سئل عن معناه قال: لا أدري، فكأنه وجد العرب تحلف بأمانة الله تعالى عادة فجعله يميناً كأنه قال والله الأمين **(ومن حلف بغير الله لم يكن حالفاً مثل أن يقول والنبي والقرآن والكعبة لقوله ﷺ «من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر»)** روى مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ أدرك عمر وهو يسير في ركب وهو يحلف بأبيه، فقال عليه الصلاة والسلام: إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم، فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت» قال المصنف رحمه الله **(أما لو قال أنا بريء منه يكون يميناً لأن التبرّيء منهما)** أي من النبي والقرآن **(كفر)** ولقائل أن يقول: سلمنا أن التبريء منهما وكذا من كل كتاب سماوي كفر، لكن

قوله: (مثل أن يقول والنبي والقرآن إلخ) أقول: القرآن كلام الله تعالى غير مخلوق وليس غيره تعالى فإنه من صفاته الأزلية ولذلك لم يجعله المصنف رحمه الله مع النبي والكعبة في قرن بل ذكره مستقلاً وعلله بعدم التعارف فليتأمل قوله: (ألا ترى) أقول: في التنوير بحث، إلا أنه من قبيل الكلام على السند.

---

(1) تقدم في أول هذا الباب مستوفياً.

لم يكن حالفاً كالنبي والكعبة) لقوله ﷺ «من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر» **(وكذا إذا حلف بالقرآن)** لأنه غير متعارف، قال رضي الله تعالى عنه: معناه أن يقول والنبي والقرآن، أما لو قال أنا بريء منهما يكون يميناً لأن التبريء منهما كفر. قال: **(والحلف بحروف القسم، وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله)** لأن كل ذلك معهود في الأيمان ومذكور في القرآن **(وقد يضمر الحرف فيكون حالفاً كقوله الله لا أفعل كذا)** لأن حذف الحرف من عادة العرب إيجازاً، ثم قيل ينصب لانتزاع الحرف الخافض، وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف، وكذا إذ قال لله في المختار لأن الباء تبدل بها، قال الله تعالى: ﴿آمنتم له﴾ أي آمنتم به. وقال أبو حنيفة

بقوله تعالى قبله ﴿لا تشرك﴾ [لقمان ١٣] ثم قالوا الباء هي الأصل لأنها صلة الحلف، والأصل أحلف أو أقسم بالله وهي للإلصاق تلصق فعل القسم بالمحلوف به، ثم حذف الفعل لكثرة الاستعمال مع فهم المقصود، ولأصالتها دخلت في المظهر والمضمر نحو بك لأفعلن، ثم الواو بدل منها لمناسبة معنوية وهي ما في الإلصاق من الجمع الذي هو معنى الواو فلكونها بدلاً انحطت عنها بدرجة فدخلت على المظهر لا المضمر والتاء بدل عن الواو لأنهما من حروف الزيادة وقد أبدلت كثيراً منها كما في تجاه وتخمة وتراث فانحطت درجتين فلم تدخل من المظهر إلا على اسم الله تعالى خاصة، وما روي من قولهم تَرَبِّي وتَرَبِّ الكعبة لا يقاس عليه وكذا تَحَياتك.

[فرع] قال: باسم الله لأفعلن كذا اختلفوا فيه، والمختار ليس يميناً لعدم التعارف، وعلى هذا بالواو إلا أن نصارى ديارنا تعارفوه فيقولون واسم الله قوله: **(وقد يضمر الحرف فيكون حالفاً كقوله الله لا أفعل كذا لأن حذف الحرف من عادة العرب)** يريد بالحذف الإضمار، والفرق أن الإضمار يبقى أثره بخلاف الحذف، وعلى هذا فينبغي أن يكون في حالة النصب الحرف محذوفاً لأنه لم يظهر أثره. وفي حالة الجرّ مضمراً لظهور أثره وهو الجر في الإسم. وقوله ثم قيل: ينصب لانتزاع الخافض، وقيل: يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف ظاهر في نقل الخلاف في ذلك وهو تبع للمبسوط حيث قال: النصب مذهب أهل البصرة والخفض مذهب أهل الكوفة، ونظر فيه بأنهما وجهان سائغان للعرب ليس أحد ينكر أحدهما ليتأتى الخلاف. وحكى الرفع أيضاً نحو الله لا أفعلن على إضمار مبتدإ، والأولى كونه على إضمار خبر لأن الاسم الكريم أعرف المعارف فهو أولى بأن يكون مبتدأ والتقدير الله قسمي أو قسمي الله لأفعلن، غير أن النصب أكثر في الاستعمال. وقوله: في النصب لانتزاع الخافض خلاف أهل العربية بل هو عندهم بفعل القسم لما حذف الحرف اتصل الفعل به إلا أن يراد عند انتزاع الخافض: أي بالفعل عنده. وأما الجرّ فلا شك أنه بالحرف المضمر، وهو قليل شاذ في غير القسم كقوله:

إذا قيل أيّ الناس شرّ قبيلة ... أشارت كليب بالأكف الأصابع

أي إلى كليب قوله: **(وكذلك إذا قيل لله لأن الباء تبدل بها)** أي باللام قال تعالى ﴿آمنتم له﴾ [الشعراء ٤٩] ﴿آمنتم به﴾ [الأعراف ٧٦] والقصة واحدة. أورد عليه أنها لا تبدل بها معنى أن توضع مكانها دالة على عين مدلولها، وفي الآيتين المعنى مختلف، فإن قوله تعالى ﴿آمنتم له﴾ [طه ٧١] أي صدقتموه وانقدتم إليه طاعة ﴿وآمنتم به﴾ [الأعراف ٧٦]

كونه كفراً ليس بيمين ولا يستلزمها، ألا ترى أنه لو قال بحياتك لأفعلن كذا واعتقد أن البرّ به واجب كفر وليس بيمين. والجواب سيجيء عند قوله إن فعل كذا فهو يهودي أو نصراني. قال: **(والحلف بحروف القسم)** الحلف بالله إنما يكون بحرف القسم ظاهراً أو مضمراً، وبحث حروف القسم وكون الباء أصلاً وغيرها بدلاً وجواز إضمار الحروف والنصب بعد الإضمار على ما اختاره البصريون أو الجر على ما اختاره الكوفيون كله وظيفة نحوية في الأصل، والأصولي يبحث عنها من حيث استنباط المسائل الفقهية منها والواصل إلى حد الاشتغال بكتاب الهداية لا بد وأن يكون قد حلف ذلك وراءه. والفرق بين الإضمار والحذف بقاء أثر المضمر دون المحذوف، والمصنف ذكر الإضمار في الرواية والحذف في التعليل بطريق المساهلة كذا في النهاية. ويجوز أن يقال أطلق الإضمار بالنظر إلى الجر والحذف بالنظر إلى النصب. وقوله: **(وكذا إذا قال لله في المختار)** احتراز عما روي عن أبي حنيفة

رحمه الله: إذا قال وحق الله فليس بحالف، وهو قول محمد رحمه الله تعالى وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى. وعنه رواية أخرى أنه يكون يميناً لأن الحق من صفات الله تعالى وهو حقيته فصار كأنه قال والله الحق والحلف به متعارف. ولهما أنه يراد به طاعة الله تعالى، إذ الطاعات حقوقه فيكون حلفاً بغير الله، قالوا: ولو قال والحق يكون يميناً، ولو قال حقاً لا يكون يميناً لأن الحق من أسماء الله تعالى، والمنكر يراد به تحقيق الوعد (ولو قال أقسم أو أقسم

لا يفيد تلك الزيادة، ولو سلم فكونها وقعت صلة فعل خاص كذلك وهو آمنتم لا يلزم في كل فعل لجواز كون معنى ذلك الفعل يتأتى معناهما فيه بخلافه في القسم، ولا تستعمل اللام إلا في قسم متضمن معنى التعجب كقول ابن عباس: دخل آدم الجنة فللّه ما غربت الشمس حتى خرج. وكقولهم: لله لا يؤخر الأجل، فاستعمالها قسماً مجرداً عنه لا يصح في اللغة إلا أن يتعارف كذلك. وقوله: في المختار احتراز عما عن أبي حنيفة أنه إذا قال: لله عليّ أن لا أكلم فلاناً أنها ليست بيمين إلا أن ينوي لأن الصيغة للنذر وتحتمل معنى اليمين، ولم يذكر في كثير من الشروح فائدة هذا الاحتراز، لأن لفظ في المختار في بعض النسخ لا كلها فكان الواقع لهم ما ليس هو فيه. هذا ولا فرق في ثبوت اليمين بين أن يعرف المقسم به خطأ أو صواباً أو يسكنه خلافاً لما في المحيط فيما إذا أسكن من أنه لا يكون يميناً إلا بالنية لأن معنى اليمين وهو ذكر اسم الله تعالى للمنع أو الحمل معقوداً بما أريد منعه أو فعله ثابت فلا يتوقف على خصوصية في اللفظ قوله: (**وقال أبو حنيفة رحمة الله: إذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف**) وعنه أي عن أبي يوسف (**رواية أخرى أن يكون يميناً**) يعني إذا أطلق لأن الحق من صفات الله تعالى وقد عدّ في أسمائه الحسنى، قال تعالى ﴿**ولو اتبَعَ الحقُّ أهواءَهُمْ**﴾ [المؤمنون ٧١] (**وهو حقيته**) أي كونه تعالى ثابت الذات موجودها فكأنه قال: والله الحق (**والحلف به متعارف**) فوجب كونه يميناً، وهذا قول الأئمة الثلاثة حتى قال أحمد: لا يقبل قوله: يعني في عدم اليمين لأنه انصرف بعرف الاستعمال إلى اليمين فانصرف الحق إلى ما يستحقه لنفسه من العظمة والكبرياء فصار كقدرة الله تعالى قوله: (**ولهما أنه**) أي حق الله (**يراد به طاعة الله إذ الطاعات حقوقه**) وصار ذلك متبادراً شرعاً وعرفاً حتى كأنه حقيقة حيث لا يتبادر سواه إذ يعلم أنه لا يخطر من ذكره وجوده وثبوت ذاته والحلف بالطاعات حلف بغيره وغير صفته فلا يكون يميناً، والمعدود من الأسماء الحسنى هو الحق المقرون باللام، وبهذا الوجه من التقرير اندفع ترجيح بعضهم القول بأنه يمين بأنه تقدم أن ما كان من صفات الله يعبر به عن غيرها يعتبر فيه العرف، وبه حصل الفرق بين علم الله وقدرته، وإذا كان الحلف بقدرة الله يميناً للتعارف فبحق الله كذلك للتعارف، فإن التعارف يعتبر بعد كون الصفة مشتركة في الاستعمال بين صفة الله تعالى وصفة غيره، وقد بينا أن لفظ حق لا يتبادر منه ما هو صفة الله بل ما هو من حقوقه فصار نفس وجوده ونحوه كالحقيقة المهجورة، وأما الاستدلال على أنه يراد به الطاعات بقول السائل للنبي عليه الصلاة والسلام «ما حق الله تعالى على العباد؟ فقال: أن لا يشركوا به شيئاً إلى آخره»[1] كما وقع لبعض الشارحين فليس بشيء

أنه لو قال لله عليّ أن لا أكلم فلاناً أنها ليست بيمين، إلا أن ينوي لأن الصيغة صيغة النذر ويحتمل معنى اليمين، ولا أثر لتغيير الإعراب في المقسم به نصباً وجراً في منع صحة القسم لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب. وقوله: (**قال أبو حنيفة**) ظاهر. وقوله: (**والمنكر يراد به تحقيق الوعد**) يريد الفرق بين الحق وحقاً بأن المعروف اسم من أسماء الله تعالى، قال الله تعالى ﴿**ولو اتبع الحق أهواءهم**﴾ والحلف به متعارف فيكون يميناً. وأما المنكر فهو مصدر منصوب بفعل مقدر فكأنه قال: أفعل هذا الفعل لا محالة، وليس فيه معنى الحلف فضلاً عن اليمين (**ولو قال أقسم أو أقسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله**) ظاهر. واعترض بأن اليمين

---

(١) الآية من سورة طه وهي حكاية قول فرعون للسحرة ومطلعها ﴿**قال آمنتم له قبل أن آذن لكم إنه لكبيركم الذي علمكم السحر..**﴾ الآية رقم ٧١ من سورة طه.

وأما الآية الثانية التي ذكرها المصنف، فهي من سورة الأعراف ﴿**قال فرعون آمنتم به قبل أن آذن لكم إن هذا لمكرٌ مكرتموه في المدينة لتخرجوا منها أهلها فسوف تعلمون**﴾ الآية ١٢٣ من الأعراف، وهي قصة فرعون والسحرة أيضاً.

بالله أو أحلف أو أحلف بالله أو أشهد أو أشهد بالله فهو حالف) لأن هذه الألفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للإستقبال بقرينة فجعل حالفاً في الحال والشهادة يمين، قال الله تعالى: ﴿قالوا نشهد إنك لرسول الله﴾

لأن صلته بلفظ على العبد يبين المراد بالحق أنه غير وجوده وصفته، والكلام في لفظ حق غير مقرون بما يدل على أحد المعنيين بخصوصه، فليس الوجه إلا ما ذكرنا قوله: **(ولو قال والحق يكون يميناً)** أي بالإجماع، كذا ذكره غير واحد واعترضه شارح بأن الحق بالتعريف يطلق على غيره تعالى كقوله تعالى **﴿فماذا بعد الحق إلا الضلال﴾** [يونس ٣٢] **﴿فلما جاءهم الحق من عندنا﴾** [يونس ٧٦] فكيف يكون يميناً بلا خلاف، لكن جوابه أنه إن نوى اليمين باسم الله تعالى يكون يميناً وإلا فلا انتهى. وأنت علمت أنه إذا ثبت كونه اسماً له تعالى لا يعتبر فيه النية وإن أطلق على غيره، وإنما ذلك القول المقابل للمختار. وأما على قول المفصل: بين أن يريد به اليمين وأن لا يريد فالحق يتبادر منه ذاته تعالى فصار غيره مهجوراً لا بدليل، وبه يندفع قول أبي نصر: إن نوى بالحق اليمين كان يميناً وإلا فلا، ولا يلزم بطلان قول من حكى الإجماع من الشارحين لأنه يريد إجماع علمائنا الثلاثة فإنه لا عبرة بخلاف غير المجتهدين في انعقاد الإجماع. ولو قال: حقاً بأن قال حقاً عليّ أن أعطيك كذا ونحوه لا يكون يميناً لأن الحق من أسمائه تعالى فينعقد به اليمين، والمنكر يراد به تحقيق الوعد، وما نقل عن الشيخ إسماعيل الزاهد والحسن بن أبي مطيع أنه يمين لأنه لم يضفه إلى الله تعالى فصار كالحق مردود بأن المنكر ليس إسماً لله تعالى، ومن الأقوال الضعيفة ما قال البلخي إن قوله: بحق الله يمين لأن الناس يحلفون به، وضعفه لما علمت أنه مثل وحق الله بالإضافة وعلمت المغايرة فيه وأنه ليس يميناً فكذا بحق الله قوله: **(ولو قال أقسم الخ)** إذا حلف بلفظ القسم فإما بلفظ الماضي أو المضارع وكل منهما إما موصول باسم الله تعالى أو بصفته أو لا، فإذا كان ماضياً موصولاً بالاسم مثل حلفت بالله أو أقسمت أو شهدت بالله لأفعلن وكذا عزمت بالله لأفعلن فهو يمين بلا خلاف، وإذا كان مضارعاً مثل أقسم بالله أو أعزم بالله الخ فكذلك عندنا، وعند الشافعي لا يكون يميناً إلا بالنية لاحتمال أن يريد به المستقبل وعداً. ووجه قولنا: إن هذه الصيغة حقيقة في الحال ومجاز في الاستقبال على ما تقدم في العتق للمصنف، ولهذا لا ينصرف إليه إلا بقرينة السين ونحوه فوجب صرفه إلى حقيقته. وأما الاستشهاد بأن في العرف كذلك كقولهم: أشهد أن لا إلٰه إلا الله ففيه نظر لأن ذلك بدلالة الحال للعلم بأن ليس المراد الوعد بالشهادة، وكذا قول الشاهد: أشهد بذلك عند القاضي ليس فيه دليل على أنه في نفسه كذلك عرفاً فجاز أن يقال: هي للمستقبل، ويستعمل للحال بقرينة حالية أو مقالية كالتقييد بلفظ الآن ونحوه، وإن ذكره من غير ذكر اسمه تعالى فيها مثل أحلف لأفعلن أو أقسم أو أشهد أو أعزم أو حلفت فعندنا هو بيمين نوى أو لم ينو، وهو رواية عن أحمد. وقال زفر: إن نوى يكون يميناً وإلا لا. وقال الشافعي: ليس بيمين نوى أو لم ينو، وهو رواية أخرى عن أحمد. وقال مالك: إذا نوى في قوله: أقسم بالله الخ يكون يميناً، وإن أطلق فلا. وجه قولهم: أن أقسم يحتمل أن يكون بالله أو بغيره فلا يكون يميناً، وكذا يحتمل العدة والإنشاء للحال فلا يتعين يميناً كذا قيل، وإنما يشهد لقول القائل إن نوى كان يميناً وإلا فلا. وجوابه ما ذكره المصنف من أنه حقيقة في الحال فانصرف إليه، ومن أن الحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف إليه: أي إلى الحلف بالله ولهذا قيل: لا يحتاج إلى النية، وقيل لا بد من النية لاحتمال العدة: أي

ما كان حاملاً على فعل شيء أو تركه موجباً للبرّ، وعند فواته يكون موجباً للكفارة على وجه الخلافة عن البرّ. ثم قوله أقسم لا يكون موجباً من البرّ شيئاً بمجرده لأنه لم تنعقد يمينه على فعل شيء أو تركه فكيف يكون يميناً، ولأن الكفارة إنما تكون لستر الذنب الذي وقع فيه بسبب هتك حرمة اسم الله تعالى وليس في أقسم مجرداً هتك حرمة اسم الله تعالى فكيف يكون موجباً للكفارة، ولأن قوله أقسم صيغة فعل مضارع فكما تكون هي للحال كذلك تكون للاستقبال، فلو وجبت الكفارة من حيث أنها للحال لم تجب من حيث أنها للاستقبال ولم تكن واجبة قبل هذا فلا تجب بالشك لا سيما في حق الكفارة فإنها ملحقة بالحدود حتى إنها إذا اجتمعت تداخلت كالحدود. وأجيب بأنه ألحق بقوله على يمين وهو يوجب الكفارة ذكره في الذخيرة وغيرها. ووجه

. . . .

لاحتمال استعماله في المستقبل ولاحتمال اليمين بغير الله تعالى فقد حكى المصنف وغيره هذا الخلاف صريحاً في المذهب. ومنهم من صرح بأنه إذا لم يذكر المقسم به يكون يميناً عند علمائنا الثلاثة نوى أو لم ينو: يعني إذا نوى اليمين أو لم ينو شيئاً. أما إذا نوى غيره فلا شك أنه لا يكون يميناً فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن يكون حالفاً لمن يستحق اليمين عليه شرعاً فإن اليمين على نية المستحلف لا الحالف حينئذ. وقد وقع في هذه المسئلة خبط في موضعين أشدهما في الحكم وهو توهم صاحب النهاية أن مجرد قول القائل: أقسم أو أحلف موجب للكفارة من غير ذكر محلوف عليه ولا حنث إذ أورد السؤال القائل اليمين ما كان حاملاً على فعل شيء أو تركه موجباً للبرّ وعند فواته موجباً للكفارة على وجه الخلافة، فقوله: أقسم ههنا ليس موجباً شيئاً من البرّ بمجرده لأنه لم يعقد يميناً على فعل شيء أو تركه فكيف يكون يميناً ولأن الكفارة لستر ذنب هتك حرمة الاسم، وليس في أقسم مجرد أهتك فكيف يوجب الكفارة. ثم أجاب بأن قوله: أقسم ألحق بقوله: عليّ يمين فإن ذلك يوجب الكفارة ذكره في الذخيرة وغيرها فقال: لو قال: عليّ يمين أو يمين الله فهو يمين، وفي المنتقى: لو قال: عليّ يمين لا كفارة لها تجب الكفارة وإن نفى الكفارة صريحاً لأن قوله: عليّ يمين لما كان موجباً للكفارة لا يفيد قوله لا كفارة لها: ثم قال: وإنما كان كذلك لأن كلمة عليّ للإيجاب، فلما كان كذلك كان هذا إقراراً عن موجب اليمين وموجبها البرّ إن أمكن وإلا فالكفارة، ولم يمكن تحقيق البرّ ههنا لأنه لم يعقد يمينه على شيء فكان إقراراً عن الموجب الآخر وهو الكفارة على وجه الخلافة، وبالإقرار يجب الحدّ فكذا الكفارة، وكذا في قوله: عليّ نذر فيه كفارة يمين على ما يجيء بعد هذا. فلما كان كذلك في قوله: عليّ يمين وعليّ نذر كان في قوله: أقسم عند قران النية بالقسم كذا لأن أصله الحال في استعمال الفقهاء.

ثم قال: وحاصل ذلك أن قوله أقسم لما كان عبارة عن الإقرار بوجوب الكفارة لم يحتج إلى وجوب البرّ ابتداء ولا إلى تصوّر هتك حرمة الاسم وقد شنع على هذا بأن اليمين بذكر المقسم عليه، وما ذكر في الذخيرة من أن قوله: عليّ يمين موجب للكفارة معناه إذا وجد ذكر المقسم عليه ونقضت اليمين، ولا شك في ذلك، وإنما ترك ذلك العلم به، فإن المقصود الذي يحتمل أن يخفى هو أن قوله: عليّ يمين هل يجري مجرى قول القائل والله أو لا، فأما أن بمجرد ذكر ذلك يحتمل أن تجب الكفارة فلا خفاء فيه فيحتاج إلى التنصيص عليه، ألا يرى إلى قول محمد في الأصل وإن حلف بالله أو باسم من أسمائه أو قال: والله أو بالله أو عليّ عهد الله أو ذمته أو هو يهودي أو نصراني أو بريء من الإسلام أو قال: أشهد أو أشهد بالله أو أحلف أو أحلف بالله أو أقسم أو أقسم بالله أو عليّ نذر أو نذر الله أو أعزم بالله أو عليّ يمين أو يمين الله أو ما أفاد عين ذلك، ثم قال: فهذه كلها أيمان، وإذا حلف بشيء منهما ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت عليه الكفارة، وقد ذكر منها هو يهودي أو نصراني، وأن يقول: والله وبالله وتالله وحكم على كل منها أنه يمين، ولم يلزم من ذلك أن بمجرد قوله: والله أو قوله هو يهودي تلزمه الكفارة، بل صرح باشتراط الحنث في كل منها للزوم الكفارة كما سمعت قوله: وإذا حلف بشيء منها ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت عليه الكفارة، ولأن من الظاهر أن مجرد الإقرار بوجوب الكفارة لا يوجب الكفارة إلا إن كان في القضاء لأنه يؤاخذه بإقراره، وليس الكلام في أن يقول: أقسمت عند القاضي بل لو أقرّ به كان سبيله أن يفتيه بقوله: إن كنت صادقاً فعليك الكفارة، وإنما الكلام في الحنث في اليمين وهو الإنشاء، والحق أن قوله: عليّ يمين إذا لم يزد عليه على وجه الإنشاء لا الإخبار يوجب الكفارة

ذلك أن كلمة عليّ للإيجاب واليمين لا يوصف بالوجوب، وإنما موجبه يوصف بذلك وموجبه البرّ وهو غير ممكن هنا أو خلفه وهو الكفارة فيجعل كلامه إقراراً بالكفارة صوناً لكلامه عن الإلغاء، وكذلك قوله أقسم إخبار عن القسم في الحال وما ثم قسم لأنه عبارة عن جملة إنشائية يؤكد بها جملة أخرى كما تقدم ولم يوجد منه شيء فيجعل إقراراً عن موجب موجب اليمين بطريق الخلافة لذلك، وإذا كان إقراراً بوجوب الكفارة لم يحتج إلى وجوب البرّ ابتداء ولا إلى تصوير هتك حرمة اسم الله ولا إلى جعل تلك

. . . .

بناء على أنه التزم الكفارة بهذه العبارة ابتداء كما يأتي في قوله: عليّ نذر إذا لم يزد عليه فإنه مثله من صيغ النذر ولو لم يكن كذلك لغا، بخلاف أحلف وأشهد ونحوهما ليست من صيغ النذر فلا يثبت به الالتزام ابتداء. والموضع الآخر استدلال صاحب النهاية وغيره على أن مجرد قوله أحلف أو أقسم يمين بقوله تعالى ﴿يحلفون لكم لترضوا عنهم﴾ [التوبة ٩٦] وقوله تعالى ﴿إذ أقسموا ليصر منها مصبحين﴾ [القلم ١٧] ولا يخفى على أحد أن قوله أقسموا إخبار عن وجود قسم منهم، وهو لا يستلزم أن ذلك القسم كان قولهم نقسم لنصرمنها، فإنهم لو قالوا والله لنصرمنها مصبحين لصح أن يقال: في الإخبار عنهم أقسموا ليصر منها، ومثله في ﴿يحلفون لكم لترضوا عنهم﴾ [التوبة ٩٦] لا يلزم كون حلفهم كان بلفظ الحلف أصلاً فضلاً عن لفظ الحلف بلا ذكر اسم الله تعالى، وإنما استدل على ذلك بحديث «الذي رأى رؤيا فقصها على رسول الله ﷺ، فقال أبو بكر: ائذن لي فلأعبرها فأذن له فعبرها، ثم قال: أصبت يا رسول الله؟، فقال: أصبت وأخطأت، فقال: أقسمت يا رسول الله لتخبرني، قال لا تقسم»[1] هكذا رواه أحمد وهو في الصحيحين بلفظ آخر قوله: (ولو قال بالفارسية سوكندمي خورم بخداي يكون يميناً)[2] لأن للحال لأن معناه أحلف الآن بالله، ولو قال: سوكند خورم قيل لا يكون يميناً لأنه مستقبل، ولو قال سوكند خورم بطلاق زنم: يعني أحلف بطلاق زوجتي لا يكون يميناً لعدم التعارف في الطلاق كذلك قوله: (وكذا قوله لعمر الله وأيم الله) يعني يكون حالفاً كما هو حالف في أقسم بالله وأخواته لأن عمر الله بقاؤه، وفيه ضم العين وفتحها إلا أنه لا يستعمل المضموم في القسم ولا يلحق المفتوحة الواو في الخط، بخلاف عمرو العلم فإنها ألحقت للفرق بينه وبين عمر، والبقاء من صفة الذات على ما مر من قاعدته وهو أن يوصف به لا بضده، فكأنه قال: وبقاء الله كقدرة الله وكبريائه، وإذا أدخل عليه اللام رفع على الابتداء وحذف الخبر: أي لعمر الله قسمي، وإن لم تدخله اللام نصب نصب المصادر فتقول عمر الله ما فعلت ويكون على حذف حرف القسم كما في الله لأفعلن، وأما قولهم: عمرك الله ما فعلت فمعناه بإقرارك له بالبقاء، وينبغي أن لا ينعقد يميناً لأنه

الصيغة للاستقبال، وهذا كما ترى يشير إلى أنه قال عليّ يمين أو أقسم ولم يزد على ذلك، أما إذا قال أقسم لأفعلن كذا أو عليّ يمين أن أفعل كذا لا يصح إقراراً فيجوز أن يقال قد تقدم أن اليمين عقد قوي به عزم الحالف على الفعل أو الترك وهو موجود، والعادة قد جرت باليمين به، قال الله تعالى ﴿إذ أقسموا ليصرمنها مصبحين﴾ وقال تعالى ﴿وأقسموا بالله جهد أيمانهم﴾ وقال تعالى ﴿يحلفون لكم لترضوا عنهم﴾ وقال تعالى ﴿يحلفون بالله لكم ليرضوكم﴾ وقال تعالى ﴿قالوا نشهد إنك لرسول الله﴾ وقال تعالى ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾ فكما جاز أن يكون حرف القسم مضمراً جاز أن يكون المقسم به أيضاً كذلك، وهو حجة على زفر في عدم جوازه بدون ذكر اسم الله. ثم اختلف في النية إذا لم يذكر اسم الله تعالى، فقيل لا يحتاج إليها، وقيل لا بد

قوله: (قال الله تعالى ﴿إذا أقسموا﴾ إلخ) أقول: في تمام الاستدلال بقوله تعالى ﴿إذا أقسموا﴾ وقوله تعالى ﴿يحلفون لكم﴾ بحث، تأمل
قوله: (وقيل لا بد منها إلخ) أقول: وسيجيء في الشارح في أوائل كتاب البيع ما يدفع هذا القول.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٧٠٤٦ ومسلم ٢٢٦٩ وأحمد ١/ ٢٣٦ من وجهين كلهم عن ابن عباس: «أن رجلاً أتى رسول الله ﷺ، فقال: إني رأيت الليلة في المنام ظلّةً تَنْطِفُ السّمن والعسل، فأرى الناس يتكففون منها فالمستكثر والمستقل، وإذا سبب واصلٌ من الأرض السماء، فأراك أخذت به فعلوت، ثم أخذ به رجل فعلا به، ثم أخذ به رجل آخر فانقطع، ثم وُصِلَ فقال أبو بكر: يا رسول الله بأبي أنت والله لتدعنيّ فأعبّرها، فقال النبي ﷺ له: أعبرها. قال: أما الظلة فالإسلام وأما الذي ينطف من السمن والعسل، فالقرآن حلاوته تنطف، فالمستكثر من القرآن والمستقل، وأما السبب الواصل من السماء إلى الأرض، فالحقُّ الذي أنت عليه تأخذ به، فيعليك الله، ثم يأخذ به رجل فيعلو به، ثم يأخذ به رجل فيعلو به، ثم يأخذ به رجل آخر فينقطع به، ثم يوصل له فيعلو به، فأخبرني يا رسول الله. بأبي أنت. أصبتُ أم أخطأتُ قال النبي ﷺ أصبت بعضاً، وأخطأت بعضاً قال: فوالله يا رسول الله لتحدثني بالذي أخطأتُ. قال: لا تقسم» هذا لفظ البخاري وكذا مسلم، ولأحمد بمعناه.

(٢) هذا كلام بلغة فارس، وقد شرحه المصنف وترجمه للعربية.

ثم قال: ﴿اتخذوا أيمانهم جنة﴾ والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف إليه، ولهذا قيل لا يحتاج إلى النية، وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله (ولو قال بالفارسية سوكند ميخورم بخداي يكون يميناً) لأنه للحال. ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يميناً ولو قال بالفارسية سوكند خورم بطلاق زنم لا يكون يميناً لعدم التعارف. قال: (وكذا قوله لعمر الله وايم الله) لأن عمر الله بقاء الله، وايم الله معناه أيمن الله وهو جمع يمين، وقيل معناه

حلف بفعل المخاطب وهو إقراره واعتقاده، وأما أيم الله فمعناه أيمن الله وهو جمع يمين على قول الأكثر فخفف بالحذف حتى صار أيم الله ثم خفف أيضاً فقيل م الله لأفعلن كذا فيكون ميماً واحدة، وبهذا نفى سيبويه أن يكون جمعاً لأن الجمع لا يبقى على حرف واحد، ويقال: من الله بضم الميم والنون وفتحهما وكسرهما وهمزة أيمن بالقطع، وإنما وصلت في الوصل تخفيفاً لكثرة الاستعمال، ومذهب سيبويه أنها همزة وصل اجتلبت ليمكن بها النطق كهمزة ابن وامرىء من الأسماء الساكنة الأوائل، وإنما كان كل منهما يميناً لأن الحلف بهما متعارف، قال تعالى ﴿لعمرك إنهم لفي سكرتهم يعمهون﴾ [الحجر ٧٢] وقال ﷺ في حديث إمارة أسامة بن زيد حين طعن الناس في إمارته «إن كنتم تطعنون في إمارته فقد كنتم تطعنون في إمارة أبيه من قبل، وايم الله إن كان لخليقاً للإمارة»[1] الحديث في البخاري قوله: (وكذا قوله وعهد الله وميثاقه) يعني إذا أطلق عندنا، وكذا عند مالك وأحمد، وعند الشافعي لا يكون يميناً إلا بالنية، لأن العهد والميثاق يحتمل العبادات فلا يكون يميناً بغير النية، وقوله تعالى ﴿وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان﴾ [النحل ٩١] لا يفيد أن العهد يمين لجواز كونهما شيئين: الأمر بالإيفاء بالعهد، والنهي عن نقض الأيمان المؤكدة بأي معنى فرض النقض فاستدلالهم على أنها عين لايتم، وهذا لأن إيجاب الوفاء بالعهد لا يستلزم إيجاب الكفارة بإخلاف ما عقد عليه إلا لو ثبت في مكان آخر في الشرع أنه كذلك. قلنا: إن أهل التفسير لما جعلوا المراد بالإيمان هي العهود المتقدم ذكرها أو ما هو في ضمنها وجب الحكم باعتبار الشرع إياها يميناً وإن لم يكن حلفاً بصفة الله تعالى كما حكم بأن أشهد يميناً وإن لم يكن فيه ذلك، وأيضاً غلب الاستعمال لهما في معنى اليمين فيصرفان إليه فلا يصرفهما عنه إلا نية عدمه، فالحالات ثلاثة: إذا نوى اليمين أو لم ينو يميناً ولا غيره فهو يمين، وإن قصد غير اليمين فليس بيمين فيما بينه وبين الله تعالى، وكذا الذمة والأمانة كأن يقول: وذمة الله أو أمانة الله لأفعلن. واستدل على كونها يميناً بأنه ﷺ كان إذا بعث جيشاً يقول «إذا حاضرتم أهل حصن أو مدينة فأرادوكم على أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم»[2].

منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله. قال: (وكذا قوله لعمر الله) هذا معطوف على أصل المسئلة وهو قوله أقسم الخ، والعمر بالفتح والضم البقاء إلا أن الفتح غلب في القسم لا يجوز فيه الضم. قال في المبسوط: لعمر الله يمين باعتبار المعنى، قال الله تعالى ﴿لعمرك﴾ والعمر هو البقاء والبقاء من صفات الذات فكأنه قال والله الباقي (وايم الله) معناه أيمن الله وهو جمع يمين عند الكوفيين، وقال البصريون: معناه والله وكلمة أيم صلة: أي كلمة مستقلة كالواو والبحث في قطع همزته ووصلها وغير ذلك وظيفة

قال المصنف: (وكذا قوله لعمرو الله وايم الله) أقول: قال العلامة الطيبي في شرح المشكاة في كتاب الأيمان والنذور نقلاً عن المغرب:

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٧٣٠ و ٤٤٦٩ و ٤٤٦٨ و ٧١٨٧ ومسلم ٢٤٢٦ والترمذي ٣٨١٦ وابن حبان ٧٠٤٤ و ٧٠٥٩ وابن سعد ٦٦/٤ وأحمد ٨٩/٢ . ١٠٦ . ١٠٧ . ١١٠ من طرق كلهم من حديث ابن عمر قال: بعث رسول الله ﷺ بعثاً، وأمّر عليهم أسامة بن زيد، فطعن بعض الناس في إمرته، فقام رسول الله ﷺ، فقال: إن تطعنوا في إمرته، فقد كنتم تطعنون في إمرة أبيه من قبلُ وايم الله إن كان خليقاً للإمارة، وإن كان لَمِنْ أحب الناس إليّ، وإن هذا لَمِنْ أحب الناس إليّ بعدهُ»

(٢) صحيح. هو بعض حديث أخرجه مسلم ١٧٣١ من وجوه وأبو داود ٢٦١٢ و ٢٦١٣ والترمذي ١٤٠٨ و ١٦١٧ والدارمي ٢٣٥٢ وابن ماجه ٢٨٥٨ وابن حبان ٤٧٣٩ والطحاوي ٢٠٦/٣ . ٢٠٧ وابن الجارود ١٠٤٢ والبغوي ٢٦٦٩ والبيهقي ١٥/٩ . ٤٩ . ٩٧ . ١٨٤ وأحمد ٣٥٢/٥ . ٣٥٨ من طرق عدة كلهم من حديث سليمان بن بريدة عن أبيه مطولاً، وسيأتي في الجهاد إن شاء الله تعالى.

والله وايم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف (وكذا قوله وعهد الله وميثاقه) لأن العهد يمين. قال الله تعالى:

فدل على أنها يمين، ولا يخفى أنه لا يستلزم ذلك، والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة، ولهذا يسمى الذمّي معاهداً، والأمانة على هذا الخلاف. فعندنا ومالك وأحمد هو يمين، وعند الشافعي بالنية لأنها فسرت بالعبادات. قلنا: غلب إرادة اليمين بها إذا ذكرت بعد حرف القسم فوجب عدم توقفها على النية للعادة الغالبة. واعلم أن في سنن أبي داود من حديث بريدة عنه ﷺ «من حلف بالأمانة فليس منا»[1] فقد يقال: إنه يقتضي عدم كونه يميناً. والوجه أنه إنما يقتضي منع الحلف به، ولا يستلزم ذلك أنه لا يقتضي الكفارة عند الحنث والله أعلم. ولو قال: عليّ عهد الله وأمانته وميثاقه ولا نية له فهو يمين عندنا ومالك وأحمد، ولو حنث لزمته كفارة واحدة. وحكى عن مالك يجب عليه بكل لفظ كفارة لأن كل لفظ يمين بنفسه وهو قياس مذهبنا إذا كرّر الواو، كما لو قال: والله والرحمن والرحيم إلا في رواية الحسن عن أبي حنيفة. وعند الشافعي إذا قصد بكل لفظ يميناً تعددت الأيمان وإلا يكون الجمع بين الألفاظ للتوكيد فتجب كفارة واحدة. قلنا: الواو للعطف وهو موجب للمغايرة قوله: **(وكذا إذا قال عليّ نذر أو عليّ نذر الله)** يعني يكون يميناً إذا ذكر المحلوف عليه بأن قال عليّ نذر الله لأفعلن أو لا أفعل كذا حتى إذا لم يف بما حلف عليه لزمته كفارة يمين، هذا إذا لم ينو بهذا النذر المطلق شيئاً من القرب كحج أو صوم، فإن كان نوى بقوله: عليّ نذر إن فعلت كذا قربة مقصودة يصح النذر بها ففعل لزمته تلك القربة. قال الحاكم وإن حلف بالنذر فإن نوى شيئاً من حج أو عمرة فعليه ما نوى وإن لم يكن له نية فعليه كفارة يمين، ولا شك أن قوله ﷺ «من نذر نذراً لم يسمه فكفارته كفارة يمين»[2] رواه أبو داود من حديث ابن عباس رضي الله عنهما يوجب فيه الكفارة مطلقاً إلا أنه لما نوى بالمطلق في اللفظ قربة معينة كانت كالمسماة لأنها مسماة بالكلام النفسي، فإنما ينصرف الحديث إلى ما لا نية معه من لفظ النذر، فأما إذا قال: عليّ نذر أو نذر الله ولم

نحوية. قوله: **(والحلف باللفظين)** يريد به قوله لعمرك وايم الله **(متعارف)** يحلف بهما في العادة ولم يرد نهي من الشرع فيكون يميناً. قوله: **(وكذا قوله عهد الله وميثاقه)** ظاهر. ومن قال عليّ نذر أو نذر الله أن لا أفعل كذا كان يميناً لقوله ﷺ: **«من نذر نذراً ولم يسم فعليه كفارة يمين» ومن قال إن فعل كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر أو مجوسي كان يميناً، لأنه لما جعل الشرط علماً على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع، وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يميناً كما تقول في تحريم الحلال)** وهذا جواب من قال أنا بريء من الكعبة أو النبي ﷺ فإنه يكون يميناً وإن كان ذلك كفراً لأنه اعتقد أن البراءة عن واجب الامتناع، وقد أمكن القول بوجوبه لغيره فكان يميناً، هذا هو الموعود فيما تقدم، وقد روى عن محمد أنه إذا قال هو يهودي إن فعل كذا هو نصراني إن فعل

اليمين يجمع على أيمن كرغيف يجمع على أرغف، وأيم محذوف منه والهمزة للقطع، وهو قول الكوفيين وإليه ذهب الزجاج، وعند سيبويه هي كلمة بنفسها وضعت للقسم ليست جمعاً لشيء والهمزة فيها للوصل اهـ.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٢٥٣ من حديث بريدة وسكت عليه أبو داود وكذا المنذري في مختصره ٣١٢٣ ورجاله ثقات وأخرج الحاكم ٤/ ٢٨٩ وصححه ووافقه الذهبي وأخرجه ابن حيان ٤٣٦٣.

(٢) ضعيف بهذا اللفظ أخرجه أبو داود ٣٣٢٢ وابن ماجه ٢١٢٨ والبيهقي ١٠/ ٧٢ والدارقطني ٤/ ١٦٠ كلهم من حديث ابن عباس بهذا اللفظ.
قال أبو داود: رواه وكيع وغيره أوقفوه على ابن عباس وكذا قال البيهقي: المرفوع ضعيف.
وأخرجه الترمذي ١٥٢٨ وابن ماجه ٢١٢٧ كلاهما من حديث عقبة بن عامر بلفظ: «كفارة النذر إذا لم يسمّ كفارة يمين»
قال الترمذي: حسن صحيح غريب اهـ وطريق ابن ماجه مختلف.
قلت: إسناده حسن والغرابة جاءت بسبب لفظ: لم يسمّ. وأما باقي الحديث فصحيح أخرجه مسلم ١٦٤٥ وأبو داود ٣٣٢٣ و ٣٣٢٤ وأحمد ٤/ ١٧٤ . ١٤٦ . ١٤٩ . ١٥٦ كلهم من حديث عقبة بن عامر مرفوعاً: «كفارة النذر كفارة اليمين» هذا لفظ مسلم وغيره وأما رواية: «لم يسم» ففيها ضعف والراجح فيها الوقف.
لذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٩٥: رواه مسلم ولم يقل فيه: لم يسمّ.

﴿وأوفوا بعهد الله﴾ والميثاق عبارة عن العهد (وكذا إذا قال عليّ نذر أو نذر الله) لقوله ﷺ «من نذر نذراً ولم يسم فعليه كفارة يمين» (وإن قال إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يميناً) لأنه لما جعل الشرط علماً على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع، وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يميناً كما تقول في تحريم الحلال. ولو قال ذلك

يزد على ذلك فهذه لم تجعله يميناً لأن اليمين إنما يتحقق بمحلوف عليه، فالحكم فيه أن تلزمه الكفارة فيكون هذا التزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة، فأما إذا ذكر صيغة النذر بأن يقول: لله عليّ كذا صلاة ركعتين مثلاً أو صوم يوم مطلقاً عن الشرط أو متعلقاً به أو ذكر لفظ النذر مسمى معه المنذور مثل لله عليّ نذر صوم يومين معلقاً أو منجزاً فسيأتي في فصل الكفارة، فظهر الفرق بين صيغة النذر ولفظ النذر قوله: (ولو قال إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يميناً) فإذا فعله لزمه كفارة يمين قياساً على تحريم المباح فإنه يمين بالنص، وذلك أنه ﷺ حرّم مارية على نفسه، فأنزل الله تعالى ﴿يا أيها النبي لم تحرّم ما أحلّ الله لك﴾ [التحريم ١] ثم قال ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾ [التحريم ٢] ووجه الإلحاق أنه لما جعل الشرط وهو فعل كذا علماً على كفره ومعتقده حرمة كفره فقد اعتقده: أي الشرط واجب الامتناع فكأنه قال حرّمت على نفسي فعل كذا كدخول الدار. ولو قال: دخول الدار مثلاً عليّ حرام كان يميناً فكان تعليق الكفر ونحوه على فعل مباح يميناً إذا عرف هذا، فلو قال: ذلك لشيء قد فعله كأن قال: إن كنت فعلت كذا فهو كافر وهو عالم أنه قد فعله فهي يمين الغموس لا كفارة فيها إلا التوبة، وهل يكفر حتى تكون التوبة اللازمة عليه التوبة من الكفر وتجديد الإسلام؟ قيل: لا، وقيل: نعم لأنه تنجيز معنى، لأنه لما علقه بأمر كائن فكأنه قال ابتداء هو كافر. والصحيح أنه إن كان يعلم أنه يمين فيه الكفارة إذا لم يكن غموساً لا يكفر، وإن كان في اعتقاده أنه يكفر به يكفر فيهما لأنه رضي بالكفر حيث أقدم على الفعل الذي علق عليه كفره، وهو يعتقد أنه يكفر إذا فعله. واعلم أنه ثبت في الصحيحين عنه ﷺ أنه قال «من حلف على يمين بملة غير الإسلام كاذباً متعمداً فهو كما قال»[1] فهذا يتراءى أعم من

كذا فهما يمينان، وإن قال هو يهودي أو نصراني إن فعل كذا فهو يمين واحدة، لأن في الأول كل واحد من اللفظين تام بذكر الشرط والجزاء، وفي الثاني كلام واحد حين ذكر الشرط مرة واحدة. وقوله: (ولو قال ذلك لشيء قد فعله) يعني لو حلف بهذا اللفظ على أمر ماض، فإن كان عنده أنه صادق فلا شيء عليه، وإن كان يعلم أنه كاذب (فهو الغموس ولا يكفر اعتباراً بالمستقبل) يعني كما لو حلف به على أمر في المستقبل فإنه في المستقبل كان يميناً يكفر، ولا يكفر الحالف كذلك إذا كان في الماضي (وقيل) وهو قول محمد بن مقاتل (يكفر لأنه) علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود (تنجيز) فكأنه قال هو يهودي. قال في النهاية والصحيح أنه إذا كان عالماً يعرف أنه يمين فلا يكفر به في الماضي والمستقبل، وإن كان جاهلاً أو عنده أنه يكفر بالحلف فإنه يكفر في الماضي والمستقبل لأنه لما أقدم على ذلك الفعل وعنده أنه يكفر فقد رضي بالكفر. وقوله: (لأن حرمة هذه الأشياء تحتمل النسخ والتبديل) قال في النهاية: أما الزنا والسرقة فإنهما لا يحتملان النسخ، ولكن ذلك الفعل المقصود بالزنا والعين

قوله: (وقد أمكن القول بوجوبه لغيره) أقول: الامتناع عن البراءة عما ذكر واجب لعينه لا لغيره كما لا يخفى قوله: (هذا هو الموعود إلخ) أقول: أراد به ما تقدم بنصف ورقة وهو قوله: ولقائل أن يقول سلمنا أن التبري منهما إلى قوله: والجواب سيجيء اهـ.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٣٦٣ و ٦١٠٥ و ٦٦٥٢ ومسلم ١١٠ حـ ١٧٧ والحميدي ٨٥٠ والنسائي ٧/ ٥ . ٦ وابن ماجه ٢٠٩٨ وابن حبان ٤٣٦٦ وعبد الرزاق ١٥٩٧٢ وأحمد ٤/ ٣٤ والطبراني ١٣٢٤ و ١٣٢٥ و ١٣٢٦ و ١٣٢٧ والبيهقي ٨/ ٢٣ من طرق كلهم من حديث أبي قلابة عن ثابت بن الضحاك مرفوعاً بزيادة: «ومن قتل نفسه بشيء عُذّب به في نار جهنم» وأخرجه البخاري ٦٠٤٧ ومسلم ١١٠ حـ ١٧٦ وأبو داود ٣٢٥٧ والترمذي ١٥٤٣ والنسائي ٧/ ٦ . ١٩ والطيالسي ١١٩٧ وعبد الرزاق ١٥٩٨٤ وأحمد ٤/ ٣٣ وابن الجارود ٩٢٤ وابن حبان ٤٣٦٧ وأبو يعلى ١٥٣٥ والطبراني ١٣٣١ و ١٣٣٢ و ١٣٣٣ و ١٣٣٤ و ١٣٣٥ و ١٣٣٧ والبيهقي ١٠/ ٣٠ من طرق كلهم من طريق الأوزاعي عن ثابت بن الضحاك مرفوعاً. مع تغير يسير في بعض ألفاظهم.

لشيء قد فعله فهو الغموس، ولا يكفر اعتباراً بالمستقبل. وقيل يكفر لأنه تنجيز معنى فصار كما إذا قال هو يهودي. والصحيح أنه لا يكفر فيهما إن كان يعلم أنه يمين، وإن كان عنده أنه يكفر بالحلف يكفر فيهما لأنه رضي بالكفر حيث

أن يعتقده يميناً أو كفراً، والظاهر أنه أخرج مخرج الغالب، فإن الغالب ممن يحلف بمثل هذه الأيمان أن يكون من أهل الجهل لا من أهل العلم والخير، وهؤلاء لا يعرفون إلا لزوم الكفر على تقدير الحنث، فإن تم هذا وإلا فالحديث شاهد لمن أطلق القول بكفره قوله: (ولو قال إن فعلت كذا فعليه غضب الله أو سخطه فليس بحالف لأنه دعاء على نفسه ولا يتعلق بالشرط) أي لا يلزم سببية الشرط له، غاية الأمر أن يكون نفس الدعاء معلقاً بالشرط فكأنه عند الشرط دعا على نفسه، ولا يستلزم وقوع المدعوّ بل ذلك متعلق باستجابة دعائه (ولأنه غير متعارف، وكذا إن قال إن فعلت كذا فهو زان أو فاسق أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا) لا يكون يميناً؛ أما أولاً فلأن معنى اليمين أن يعلق ما يوجب امتناعه عن الفعل بسبب لزوم وجوده عند الفعل، وليس بمجرد وجود الفعل يصير زانياً أو سارقاً لأنه لا يصير كذلك إلا بفعل مستأنف يدخل في الوجود، ووجود هذا الفعل ليس لازماً لوجود المحلوف عليه حتى يكون موجباً امتناعه عنه فلا يكون يميناً، بخلاف الكفر فإنه بالرضا به يكفر من غير توقف على عمل آخر أو اعتقاد، والرضا يتحقق بمباشرة الشرط فيوجب عنده الكفر لولا قول طائفة من العلماء بالكفارة. وأما ثانياً فلأن حرمة هذه الأشياء تحتمل السقوط، وهو المراد بقوله تحتمل النسخ والتبديل. أما الخمر فظاهر، وأما السرقة فعند الاضطرار إلى أكل مال الغير، وكذا إذا أكرهت المرأة بالسيف على الزنا وحرمة الاسم لا تحتمل السقوط فلم تكن حرمة هذه الأشياء في معنى حرمة الاسم، وهذا فيه نظر لأن كون الحرمة تحتمل الارتفاع أو لا تحتمله لا أثر له، فإنه إن كان يرجع إلى تحريم المباح فهو يمين مع أن ذلك المباح يحتمل تحريمه الارتفاع وإن لم يرجع إليه لا يكون يميناً، ولا معنى لزيادة كلام لا دخل له، ولأنه ليس بمتعارف أن يقال: إن فعلت فأنا زان فلا يكون يميناً.

[فروع: في تعدد اليمين ووحدتها وغير ذلك] إذا عدد ما يحلف به بلا واو مع اختلاف اللفظ أو عدم اختلافه فهو يمين واحدة كأن يقول: والله الرحمن الرحيم، أو يقول: والله الله، إلا أن تعليل هذا بأنه جعل الثاني نعتاً للأول مؤول، وكذا بلا اختلاف مع الواو نحو والله والله أو هو بريء من الله ورسوله إن كان بواو في الاختلاف نحو والله والرحمن والرحيم تعددت اليمين بتعددها، وكذا بواوين مع الاتحاد نحو والله ووالله فيتفرع أنه لو قال: هو بريء من الله وبريء من رسوله والله ورسوله منه بريئان إن فعل كذا فهي أربعة أيمان، فيلزمه لفعل ما سماه أربع كفارات، هذا كله ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة أن عليه في المختلفة كفارة واحدة لأن الواو الكائنة بين الأسماء للقسم لا للعطف. وبه أخذ مشايخ سمرقند وأكثر المشايخ على ظاهر الرواية، فلو قال: بواوين كوالله ووالرحمن فكفارتان في قولهم. وروى ابن سماعة في غير المختلفة عن محمد نحو والله والله مطلقاً هذا قبل ذكر الجواب. أما لو قال: والله لا أفعل كذا ثم أعاده بعينه فكفارتان، وكذا لو قال لامرأته: والله لا أقربك ثم قال: والله لا أقربك فقربها مرة لزمه كفارتان، روى ذلك عن أبي يوسف رحمه الله، وسواء كان في مجلس أو مجالس. وروى الحسن أنه إن نوى بالثاني الخبر عن الأول صدق ديانة وهي عبارة متساهل فيها، وإنما المراد أن يريد بالثاني تكرار الأول وتأكيده، اختار هذا الإمام أبو بكر محمد بن الفضل قال: فإن نوى به المبالغة أو لم ينو شيئاً يلزمه كفارتان، وقد مر في الإيلاء في التجريد عن أبي حنيفة: إذا حلف بأيمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس فيه سواء. ولو قال: عنيت بالثاني الأول لم يستقم في اليمين بالله سبحانه وتعالى، ولو حلف بحجة أو عمرة يستقيم، وهذا يخالف ما روى الحسن. وفي الخلاصة عن نسخة الإمام السرخسي في أيمان الأصل: إذا حلف على أمر أن لا يفعله ثم حلف في ذلك المجلس أو في مجلس آخر لا

. . . .

أقدم على الفعل (ولو قال إن فعلت كذا فعليّ غضب الله أو سخط الله فليس بحلف) لأنه دعاء على نفسه، ولا يتعلق ذلك بالشرط ولأنه غير متعارف (وكذا إذا قال إن فعلت كذا فأنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا، لأن حرمة هذه الأشياء تحتمل النسخ والتبديل) فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولأنه ليس بمتعارف.

يفعله أبداً ثم فعله إن نوى يميناً مبتدأة أو التشديد أو لم ينو فعليه كفارة يمينين، أما إذا نوى بالثاني الأول فعليه كفارة واحدة، وقدمنا في الإيلاء: لو قال: والله لا أكلم فلاناً يوماً والله لا أكلمه شهراً والله لا أكلمه سنة إن كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان لأنه انعقد على تلك الساعة ثلاثة أيمان يمين اليوم ويمين الشهر ويمين السنة، فعليه إذا كلمه بعد ساعة ثلاث كفارات، وإن كلمه بعد يوم فعليه كفارتان لأن يمين اليوم انحلت قبله فبقي على ذلك اليوم يمينان، وإن كلمه بعد شهر فكفارته واحدة، وإن كلمه بعد سنة فلا شيء عليه، وعرف في الطلاق أنه لو قال: إن دخلت فأنت طالق إن دخلت فأنت طالق أن دخلت فأنت طالق فدخلت وقع عليها ثلاث تطليقات. وما في الأصل من أنه إذا قال: هو يهودي هو نصراني إن فعل كذا فهي يمين واحدة، ولو قال: هو يهودي إن فعل كذا هو نصراني إن فعل كذا فيمينان، يفيد أن في مثله تعدد اليمين منوط بتكرر المحلوف عليه مع تكرر الالتزام بالكفر، ولو قال: أنا بريء من الكتب الأربعة فهي يمين واحدة، وكذا لو قال: هو بريء من التوراة والإنجيل والزبور والفرقان فهي يمين واحدة، ولو قال: هو بريء من التوراة وبريء من الإنجيل وبريء من الزبور وبريء من الفرقان فهي أربعة أيمان، ولو قال: هو شريك اليهودي فهو كقوله: يهودي ولو قال: بريء من هذه الثلاثين يوماً: يعني شهر رمضان إن أراد عن فرضيتها يكون يميناً أو عن أجرها أو لم ينو شيئاً لا يكون يميناً، والاحتياط هو يمين: ولو قال: من الصلاة التي صليتها وحنث لا يلزمه شيء بخلاف قوله: من القرآن الذي تعلمت. واختلف في بريء من الشفاعة. وفي مجموع النوازل: الأصح أنه ليس بيمين. ولو قال: دخلت الدار أمس فقال: نعم فقال له: والله لقد دخلتها فقال: نعم فهو حالف. وروى بشر عن أبي يوسف قال لآخر: إن كلمت فلاناً فعبدك حرّ فقال: نعم إلا بإذنك فهذا إن كلمه بغير إذنه يحنث، ولو قال رجل لآخر: الله لتفعلن كذا أو والله لتفعلن كذا فقال الآخر: نعم: فإن أراد المبتدىء الحلف وكذا المجيب فهما حالفان على كل منهما كفارة إن لم يفعل المجيب لأن قوله: نعم جواب وهو يستدعي إعادة ما في السؤال فكأنه قال: نعم والله لأفعلن كذا، وإن نوى المبتدىء الاستحلاف والمجيب الحلف فالمجيب هو الحالف، وإن لم ينو كل منهما شيئا فالحالف هو المجيب في قوله: الله وفي قوله والله بالواو فالحالف هو المبتدىء، وإن أراد المبتدىء الاستحلاف فأراد المجيب أن لا يكون عليه يمين، وأن يكون قوله: نعم وعداً بلا يمين فهو كما نوى ولا يمين على واحد منهما، ولو قال: بالله فهو كقوله: والله في جميع ذلك، ولو قال لمديونه: إن لم تقض ديني غداً فامرأتك طالق فقال المديون: نعم فقال له الرجل: قل نعم فقال: نعم وأراد جوابه يلزمه اليمين ثانياً فتطلق ثنتين وإن دخل بينهما انقطاع. في الفتاوي وفي مجموع النوازل: قال لآخر والله لا أجيء إلى ضيافتك فقال الآخر ولا تجيء إلى ضيافتي فقال: نعم يصير حالفاً ثانياً.

المقصودة بالسرقة بعينه جاز أن يكون حلالاً له بوجه النكاح وملك اليمين فسمي احتمال انقلابهما من الحرمة إلى الحل بالسبب الشرعي نسخاً وتبديلاً، وأما الخمر والربا فيحتملان النسخ. أما الخمر فظاهر أنها كانت حلالاً ثم انتسخ، وأما الربا فيحتمل النسخ في نفسه وإن لم يرد النسخ في حقه؛ ألا ترى أنه يحل في دار الحرب. وأقول: في كلام المصنف لفّ ونشر على غير السنن، وذلك لأن قوله نسخاً متعلق بشرب الخمر وأكل الربا. وقوله تبديلاً بالزنا والسرقة ويراد انقلاب المحل على ما ذكر، وهذا إفادة والحمل على ما ذكره صاحب النهاية إعادة، والحمل على الأولى أولى، فإذا كان كذلك لم تكن حرمة هذه الأشياء في معنى حرمة اسم الله تعالى لأن حرمته لا تحل في حال فلا يتحقق اليمين بذكر هذه الأشياء (ولأنه ليس بمتعارف) فلا يكون يميناً.

فصل في الكفارة

قال: (كفارة اليمين عتق رقبة يجزي فيها ما يجزي في الظهار وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوباً فما زاد، وأدناه ما يجوز فيه الصلاة وإن شاء أطعم عشرة مساكين كالإطعام في كفارة الظهار) والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فكفارته

فصل في الكفارة

الكفارة فعالة من الكفر وهو الستر وبه سمي الليل كافراً قال: *في ليلة كفر النجوم غمامها* وتكفر بثوبه اشتمل به وإضافتها إلى اليمين في قولنا: كفارة اليمين إضافة إلى الشرط مجازاً. وعند الشافعي إضافة إلى السبب فاليمين هو السبب وسيذكر المصنف المسئلة قوله: (كفارة اليمين عتق رقبة) أي إعتاقها لا نفس العتق، فإنه لو ورث من يعتق عليه فنوى عن الكفارة لا يجوز (ويجزي فيها ما يجزي في الظهار) وتقدم المجزىء في الظهار من أنها المسلمة والكافرة والذكر والأنثى والصغيرة، ولا يجزىء فائت جنس المنفعة، بخلاف غيره فتجزى العوراء لا العمياء ومقطوع إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف، ولا يجوز مقطوعهما من جهة واحدة ولا مقطوع اليدين والرجلين، وفي الأصم اختلاف الرواية. والأصح أنه إذا كان بحيث إذا صيح عليه يسمع جاز، ولا يجوز المجنون الذي لا يفيق، وفيمن يفيق ويجن يجوز، ولا المدبرة وأم الولد لأنهما لاستحقاقهما الحرية نقص الرق فيهما، بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئاً يجوز، بخلاف الذي أدى بعض شيء لأنه كالمعتوق بعوض (وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوباً فما زاد) يعني إن كسا ثوبين أو ثلاثة فهو أفضل (وأدناه ما يجوز فيه الصلاة، وإن شاء أطعم عشرة مساكين) كالإطعام في كفارة الظهار وهي نصف صاع من برّ أو صاع من تمر أو شعير ذكره الكرخي بإسناده إلى عمر رضي الله عنه قال: صاع من تمر أو شعير ونصفه من برّ[1] . وبإسناده إلى عليّ رضي الله عنه قال: كفارة اليمين نصف صاع من حنطة[2] . وبسنده إلى الحسن رضي الله عنه قال: يغديهم ويعشيهم. وبإسناده إلى مجاهد قال: كل كفارة في القرآن نصف صاع من برّ لكل مسكين[3] . ولو غداهم وعشاهم وفيهم فطيم أو فوقه سناً لم يجز عن إطعام مسكين، ويجوز أن يغديهم ويعشيهم بخبز إلا أنه إن كان برّاً لا يشترط الإدام، وإن كان غيره فبإدام. ويجوز في الإطعام كل من التمليك والإباحة وتقدم (والأصل فيه قوله تعالى ﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة﴾ [المائدة ٨٩] وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الأشياء الثلاثة) وللعبد الخيار في تعيين أيها شاء، ويتعين الواجب عيناً بفعل العبد

فصل في الكفارة

لما فرغ من بيان الموجب شرع في بيان الموجب وهو الكفارة، لكن هي موجب اليمين عند الانقلاب لأن اليمين لم تشرع للكفارة بل تنقلب موجبة لها عند انتقاضها بالحنث، وكلامه واضح، وكون الواجب أحد الأشياء على التخيير أو واحداً معيناً عند الله وإن كان مجهولاً عندنا، وعدم حمل الشافعي المطلق على المقيد على ما هو من مذهبه وغير ذلك مقرر في التقرير فليطلب ثمة

فصل في الكفارة

(١) أثر عمر. قال السيوطي في الدر المنثور ٢/ ٣١٢: رواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة وعبد بن حميد وابن جرير وابن المنذر وأبو الشيخ كلهم عن عمر موقوفاً.

(٢) أثر علي. قال السيوطي في دره ٢/ ٣١٢: أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة وعبد بن حميد وابن جرير وابن أبي حاتم وأبو الشيخ كلهم عن علي موقوفاً.

(٣) أثر مجاهد. أخرجه سعيد بن منصور في سننه وعبد بن حميد وأبو الشيخ اهـ الدر المنثور ٢/ ٣١٢ وأما أثر الحسن فلم أره.

إطعام عشرة مساكين﴾ الآية، وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الأشياء الثلاثة. قال: **(فإن لم يقدر على أحد الأشياء الثلاثة صام ثلاثة أيام متتابعات)** وقال الشافعي رحمه الله: يخير لإطلاق النص. ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى

والمسئلة طويلة في الأصول، ودخل فيمن لم يقدر على العتق والكسوة والإطعام العبد فلا يكون كفارة يمينه إلا بالصوم. ولو أعتق عنه مولاه أو أطعم أو كسا لا يجزيه وكذا المكاتب والمستسعى. ولو صام العبد فيعتق قبل أن يفرغ ولو بساعة فأصاب مالاً وجب عليه استئناف الكفارة بالمال قوله: **(فإن لم يقدر على أحد الأشياء الثلاثة)** من الإعتاق والكسوة والإطعام **(كان عليه صوم ثلاثة أيام متتابعات. وقال الشافعي: يخير)** بين التتابع والتفريق **(لإطلاق النص)** وهو قوله تعالى **﴿فصيام ثلاثة أيام﴾** [البقرة ١٩٦] وهو قول مالك، وفي قول آخر شرط التتابع كقولنا وهو ظاهر مذهب أحمد **(ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه ﴿فصيام ثلاثة أيام متتابعات﴾ وهي كالخبر المشهور)**[1] لشهرتها على ما قيل إلى زمن أبي حنيفة رضي الله عنه، والخبر المشهور يجوز تقييد النص القاطع به فيقيد ذلك المطلق به. فإن قيل: الشافعي كان أولى بذلك منكم لأنه يحمل المطلق على المقيد وإن كانا في حادثتين وأنتم تحملونه في حادثة ثم إنكم جريتم على موجب ذلك هنا وتركتموه في صدقة الفطر في قوله «أدّوا عن كل حرّ وعبد»[2] وقوله «أدوا عن كل حُرٍّ وعبد من المسلمين». أجيب عنا بأنا إنما تحمل في الحادثة الواحدة للضرورة ويستحيل أن يكون الفعل الواحد مطلوباً بقيد زائد على المطلق وبقيد إطلاقه للتنافي بينهما، فإن الأول يقتضي أن لا يجوز إلا بقيد التتابع ولا يجزي التفريق والثاني يقتضي جوازه مفرقاً كجوازه متتابعاً، وإذا وجب القيد الأول لزمه انتفاء الثاني فلزم الحمل ضرورة، وهذه الضرورة منتفية في صدقة الفطر لورود النصين المطلق والمقيد في الأسباب، ولا منافاة في الأسباب فيكون كل من المطلق والمقيد سبباً، وهذا كلام محتاج إلى تحقيق. وتحقيقه أن الحمل لما لم يجب إلا لضرورة وهي المعارضة بين المطلق والمقيد ولا معارضة بينهما إلا لو قلنا: بمفهوم المخالفة فإنه حينئذ يكون الحاصل من المطلق أن ملك العبد سبب لوجوب الأداء عنه مسلماً كان أو كافراً. والحاصل من المقيد أن ملك العبد المسلم سبب وغير المسلم ليس سبباً لفرض دلالة المفهوم فيتعارضان في غير المسلم، فإذا فرض تقديم المفهوم على الإطلاق لزم انتفاء سببية غير المسلم، ولزم أن المراد أن المسلم فقط هو السبب وهو الحمل ضرورة لكنا لم نقل به فبقي مقتضى المطلق بلا معارض وهو أن المسلم وغيره سبب.

وأجابوا عما لزم الشافعي رحمه الله تعالى بأن هذه الكفارة تجاذبها أصلان في التتابع وعدمه، فحمل المطلق على

وقوله: **(وهو الصحيح)** احتراز عما روي في نوادر ابن سماعة أنه يجوز، وفي رواية أخرى إن أعطى السراويل المرأة لا يجوز، وإن أعطى الرجل يجوز لأن المعتبر ردّ العرى بقدر ما تجوز به الصلاة، لأن ستر العورة فرض لا تجوز الصلاة بدونه، أما ما زاد عليه ففضل يعتبر للتجمل أو للتدثر فلا يؤاخذ عليه في الكسوة كما لا يؤاخذ عليه الإدام في الطعام. وقوله: **(لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة)** يعني لو أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه عن الكسوة لأن الاكتساء لا يحصل به ولكنه يجزيه من الطعام إذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة، وكذلك لو أعطى عشرة مساكين ثوباً بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كلاً منهم أكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لأنه لا يكتسي به كل واحد منهم ولكن يجزيه من الطعام. وهل يشترط النية أو لا؟ ذكر شيخ الإسلام في ظاهر الرواية أنه يجزيه نوى أن يكون بدلاً عن الطعام أو لم ينو. وعن أبي يوسف: إذا

---

(١) قراءة ابن مسعود هذه ثابتة عنه. قال السيوطي في الدر المنثور ٢/ ٣١٤: روى ذلك عبد الرزاق وابن أبي شيبة وعبد بن حميد وابن جرير وابن المنذر وابن الأنباري وأبو الشيخ والبيهقي من طرق عن ابن مسعود أنه كان يقرؤها: «فصيام ثلاثة أيام متتابعات».

وأخرج ابن أبي شيبة وابن المنذر وعبد بن حميد وابن جرير وابن أبي داود في المصاحف كما في الدر ٢/ ٣١٤ والحاكم في المستدرك ٢٧٦ كلهم عن أبي بن كعب بمثل قراءة ابن مسعود وصححه الحاكم، وهو كما قال. وانظر سنن البيهقي ١٠/ ٥٤ ـ ٥٦.

(٢) تقدم مستوفياً في باب صدقة الفطر.

عنه فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهي كالخبر المشهور، ثم المذكور في الكتاب في بيان أدنى الكسوة مروي عن محمد. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن أدناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل، وهو الصحيح لأن لابسه عرياناً في العرف، لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة (وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزه)

المقيد بالتتابع في كفارة القتل يوجب التتابع، وحمله على صوم المتعة بناء على أنه عنده دم جبر يوجب التفريق فترك الحمل على كل منهما للتعارض وعمل بإطلاق نص الكفارة قوله: (ثم المذكور في الكسوة في الكتاب) أي المبسوط أو مختصر القدوري (في بيان أدنى الكسوة) المسقطة للواجب من أنه ما يجوز فيه الصلاة (مروى عن محمد) رحمه الله فيجزيه دفع السراويل، وعنه تقييده بالرجل، فإن أعطى السراويل امرأة لا يجوز لأنه لا يصح صلاتها فيه (وعن أبي حنيفة وأبي يوسف إن أدناه ما يستر عامة بدنه، ولا يجوز السراويل على هذا وهو الصحيح، لأن لا بس السراويل يسمى عرياناً عرفاً) فعلى هذا لا بد أن يعطيه قميصاً أو جبة أو رداء أو قباء أو إزاراً سابلاً بحيث يتوشح به عند أبي حنيفة وأبي يوسف وإلا فهو كالسراويل، ولا تجزىء العمامة إلا إن أمكن أن يتخذ منها ثوب مجزىء مما ذكرنا جاز. وأما القلنسوة فلا تجزىء بحال، وإن كان قد روي عن عمران بن الحصين أنه سئل عن ذلك فقال: إذا قدم وفد على الأمير وأعطاهم قلنسوة قلنسوة قيل قد كساهم فلا عمل على هذا. وعن ابن عمر رضي الله عنه: لا يجزى أقل من ثلاثة أثواب قميص ومتزر ورداء. وعن أبي موسى الأشعري ثوبان[1]. قال الطحاوي: هذا كله إذا دفع إلى الرجل، أما إذا دفع إلى المرأة فلا بد من خمار مع الثوب لأن صلاتها لا تصح دونه، وهذا يشابه الرواية التي عن محمد في دفع السراويل أنه للمرأة لا يكفي، وهذا كله خلاف ظاهر الجواب، وإنما ظاهر الجواب ما يثبت به اسم المكتسي وينتفي عنه اسم العريان، وعليه بني عدم إجزاء السراويل لا صحة الصلاة وعدمها فإنه لا دخل له في الأمر بالكسوة، إذا ليس معناه إلا جعل الفقير مكتسياً على ما ذكرنا، والمرأة إذا كانت لابسة قميصاً سابلاً وإزاراً وخماراً غطى رأسها وأذنيها دون عنقها لا شك في ثبوت إسم أنها مكتسية لا عريانة، ومع هذا لا تصح صلاتها فالعبرة لثبوت ذلك الاسم صحت الصلاة أو لا، ثم اعتبار الفقر والغنى عندنا عند إرادة التكفير وعند الشافعي عند الحنث، فلو كان موسراً عند الحنث ثم أعسر عند التكفير أجزأه الصوم عندنا وبعكسه لا يجزيه، وعند الشافعي على القلب قاسه على الحد فإن المعتبر وقت الوجوب للتنصيف بالرق. وقلنا: الصوم خلف عن المال كالتيمم فإنما يعتبر فيه وقت الأداء، أما حد العبد فليس ببدل عن حدّ الحر فلا يصح قياسه عليه قوله: (لكن ما لا يجزيه الخ) يعني لو أعطي الفقير ثوباً لا يجزيه عن الكسوة الواقعة كفارة بطريق الكسوة مثل السراويل على المختار أو نصف ثوب مجزىء وقيمته تبلغ قيمة نصف صاع من برّ أو صاع من تمر أو شعير أجزأه عن إطعام فقير من الكفارة، وكذا إذا أعطى عشرة مساكين ثوباً كبيراً لا يكفي كل واحد حصته منه للكسوة، وتبلغ حصة كل منهم قيمة ما ذكرنا أجزأه عن الكفارة بالإطعام، ثم ظاهر المذهب أنه لا يشترط للإجزاء عن الإطعام أن ينوي به عن الإطعام. وعن أبي يوسف: لا يجزيه إلا أن ينويه عن الإطعام. وعند زفر لا يجزيه نوى أو لم ينو. واعترض بقوله ﷺ

نوى أن يكون عن الطعام وإن لم ينو لم يجزه (وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزه. وقال الشافعي: يجزيه بالمال لأنه أداها بعد السبب وهو اليمين) لأنها تضاف إلى اليمين، يقال كفارة اليمين، والواجبات تضاف إلى أسبابها حقيقة، والأداء بعد السبب جائز لا محالة (فأشبه التكفير بعد الجرح. ولنا أن الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا) لأنها تحصل بهتك حرمة اسم الله بالحنث. وقوله: (واليمين ليست بسبب) جواب عن قوله لأنه أداها بعد السبب وهو اليمين. ووجهه أن السبب ما يكون مفضيا، واليمين غير مفض إلى الكفارة لأنها تجب بعد نقضها بالحنث، وإنما أضيفت إليها لأنها تجب بحنث بعد اليمين كما تضاف الكفارة إلى الصوم

---

(١) انظر هذه الآثار في سنن البيهقي ١٠/٥٦ . ٥٧ باب: ما يجزىء من الكسوة في الكفارة. وكذا انظر الدر المنثور ٢/٣١٣ لكن ذكر البيهقي عن أبي موسى: ثوباً لكل مسكين اهـ ولم يذكر ثوبان

وقال الشافعي: يجزيه بالمال لأنه أداها بعد السبب وهو اليمين فأشبه التكفير بعد الجرح. ولنا أن الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا، واليمين ليست بسبب لأنه مانع غير مفض، بخلاف الجرح لأنه مفض. (ثم لا يسترد من المسكين)

«وإنما لكل امرىء ما نوى»[1] فإذا لم ينو عن الإطعام لا يقع عنه، ولأنه تعالى خير المكفر بين خصال ثلاث، فإذا اختار أحدها صار كأنه هو الواجب ابتداء وتنحى الآخران. والجواب أنه إن أراد أنه لا بد من نية الكفارة فصحيح وبه نقول، وقوله ﷺ «وإنما لكل امرىء ما نوى»[2] دليله فلا ينصرف المؤدى طعاماً أو كسوة إلى كونه كفارة إلا بنية، وإن أراد أنه لا بد أن ينوي التكفير بالإطعام والتكفير بالكسوة مثلاً فممنوع فإن الواجب التكفير بأحد الأشياء التي كل منها متعلق الواجب وهو فعل الدفع الذي هو نفس الواجب، فإذا دفع أحدها ناوياً الامتثال فقد تم الواجب سواء كان يصح إطعاماً أو غيره مما هو أحد الثلاثة، ولو توقف السقوط على أن ينوي بدفع أحدها أنه عن الآخر إذا لم يكف لنفسه لزم أن ينوي كل خصلة في نفسها فيجب أن ينوي في الإطعام أنه إطعام وفي دفع الثوب أنه كسوة ولا حاجة إلى ذلك، بل المحتاج إليه نية الامتثال بالفعل إذا كان مما يصلح للإسقاط بوجه وقد نوى الإسقاط فانصرف إلى ما به الإسقاط فظهر ضعف كلام المعترض على أن كونه مختاراً للكسوة إذا دفع مالا يستقيم كسوة ممنوع، وقد طولب بالفرق بين هذا وبين ما إذا أعطى نصف صاع تمر في صدقة الفطر قيمته نصف صاع بر لا يجزي عنه بطريق القيمة. وأجيب بأن جنس الكفارة في التمر والبر متحد منصوص عليه وهو سد حاجة البطن من التغذي فلا يدفع أحدهما عن الآخر كالقمح عن الشعير، بخلاف الكسوة مع الإطعام فإنهما جنسان من الكفارة لدفع حاجتين متباينتين دفع حاجة البرد والحر ودفع حاجة التغذي فجاز جعل إحداهما عن الأخرى، وإنما نظير المورد من صدقة الفطر لو دفع ثوباً صغيراً نفيساً تبلغ قيمته ثوب كرباس يجزي عن الكسوة ينبغي أن لا يجزيه عن الكسوة بل عن الإطعام قوله: (وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجز، وقال الشافعي: يجزيه بالمال) دون الصوم (لأنه أدى بعد السبب وهو اليمين) وإنما كان السبب للكفارة هو اليمين لأنه أضيف إليه الكفارة في النص بقوله تعالى ﴿ذلك كفارة أيمانكم﴾ [المائدة ٨٩] وأهل اللغة والعرف يقولون: كفارة اليمين ولا يقولون: كفارة الحنث، والإضافة دليل سببية المضاف إليه للمضاف الواقع حكماً شرعياً أو متعلقه، كما فيما نحن فيه، فإن الكفارة متعلق الحكم الذي هو الوجوب، وإذا ثبت سببيته جاز تقديم الكفارة على الحنث لأنه حينئذ شرط، والتقديم على الشرط بعد وجود السبب ثابت شرعاً، كما جاز في الزكاة تقديمها على الحول بعد السبب الذي هو ملك

(بخلاف الجرح لأنه مفض) إلى الموت. وقوله: (ثم لا يستردّ من المسكين) قيل هو معطوف على قوله لم يجزه: يعني وإن لم يقع كفارة إذا وقع إلى المسكين قبل الحنث لكن لا يسترد منه لأنه قصد شيئين ستر الجناية وحصول الثواب، ولم يحصل الأوّل لعدم الجناية فيحصل الثاني فتكون قد وقعت صدقة فلا رجوع فيها (ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلاناً ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله ﷺ «من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه») معناه من حلف على مقسم عليه من فعل أو ترك لأن اليمين مركبة من مقسم به وهو بالله ومقسم عليه وهو قوله لأفعلن أو لا أفعل فكان من باب ذكر الكل وإرادة البعض. وفي وجه الاستدلال به نظر لأنه قال «ورأى غيرها خيراً منها» فالمدعى مطلق، والدليل مشروط برؤية غيره خيراً. والجواب أن حال المسلم يقتضي أن يرى ترك المعصية خيراً منها فيجعل الشرط موجوداً نظراً إلى حاله. قوله: (ولأن فيما قلنا) يعني أداء الكفارة بعد الحنث (تفويت البرّ إلى جابر وهو الكفارة) لما أن الجابر يقتضي سبق خلل المجبور وهو خلل اليمين بالحنث فيما قلنا فتصلح الكفارة جابرة (ولا جابر للمعصية في ضده) أي في ضد ما قلنا أي لا جابر

قوله: (فكان من باب ذكر الكل إلخ) أقول: أراد من الكل اليمين ومن البعض المقسم عليه.

---

(١) رواه الجماعة وقد تقدم وهو من حديث عمر.

(٢) هو المتقدم.

لوقوعه صدقة. قال: (ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلاناً ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه) لقوله ﷺ «من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه» ولأن فيما قلناه تفويت البرّ إلى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده (وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره أو بعد

النصاب، وكما في تقديم التكفير بعد الجرح على الميت بالسراية، ومقتضى هذا أن لا يفترق المال والصوم وهو قوله القديم، وفي الجديد لا يقدم الصوم لأن العبادات البدنية لا تقدم على الوقت: يعني أن تقدم الواجب بعد السبب قبل الوجوب لم يعرف شرعاً إلا في المالية كالزكاة فيقتصر عليه، وذهب جماعة من السلف إلى التكفير قبل الحنث مطلقاً صوماً كان أو مالاً وهو ظاهر الأحاديث التي يستدل بها على التقديم كما سيذكر (ولنا أن الكفارة لستر الجناية) من الكفر وهو الستر قال القائل: «في ليلة كفر النجوم غمامها» وبه سمي الزارع كافراً لأنه يستر البذر في الأرض (ولا جناية) قبل الحنث لأنها منوطة به لا باليمين لأنه ذكر الله على وجه التعظيم، ولذا أقدم النبي ﷺ والصحابة على الأيمان وكون الحنث جناية مطلقاً ليس واقعاً إذ قد يكون فرضاً، وإنما أخرج المصنف رحمه الله تعالى الكلام مخرج الظاهر المتبادر من إخلاف المحلوف عليه. والحاصل أن السبب الحنث سواء كان به معصية أو لا، والمدار توفير ما يجب لاسم الله عليه، وهذا يفيد أن السبب الحنث، واليمين ليست بسبب لأن أقل ما في السبب أن يكون مفضياً إلى المسبب واليمين ليس كذلك لأنه مانع عن عدم المحلوف عليه فكيف يكون مفضياً إليه. نعم قد يتفق تحققه اتفاقاً لا عن اليمين للعلم بأن نفس أكل الفاكهة لم يتسبب فيه نفس الحلف على تركه، بخلاف الجرح فإنه مفض إلى التلف فلزم أن الإضافة المذكورة إضافة إلى الشرط، فإن الإضافة إلى الشرط جائزة وثابتة في الشرع كما في كفارة الإحرام وصدقة الفطر. على أنه لو سلم أن اليمين سبب فلا شك في أن الحنث شرط الوجوب للقطع بأن الكفارة لا تجب قبله وإلا وجبت بمجرد اليمين، والمشروط لا يوجد قبل شرطه فلا يقع التكفير واجباً قبله فلا يسقط الوجوب قبل ثبوته ولا عند ثبوته بفعل قبله لم يكن واجباً، فهذا مقتضى الدليل وقع الشرع على خلافه في الزكاة والجرح وصدقة الفطر على ما قدمناه في باب صدقة الفطر فيقتصر على مورده فلا يلحق غيره به. فإن قيل: قد ورد السمع به في قوله ﷺ «فليكفر عن يمينه ثم ليأت الذي هو خير»[1] قلنا: المعروف في الصحيحين من حديث عبد الرحمن بن سمرة قال: قال لي رسول الله ﷺ «إذا حلفت على

لمعصية الحنث فيما قاله الشافعي لأن الحنث لما تأخر عن الكفارة لم تصلح الكفارة السابقة جابرة لذلك الحنث لأن الجابر لا يتقدم، كذا في النهاية. وقال في بعض الشروح: ولأن فيما قلنا: أي في تحنيث النفس والتكفير بعد ذلك تفويت البرّ إلى جابر والجابر هو الكفارة، والفوات إلى جابر كلا فوات فتكون المعصية الحاصلة بتفويت البرّ كلا معصية لوجود الجابر، أما إذا أتى بالبرّ وهو ترك الصلاة وقطع الكلام عن الأب وقتل فلان بغير حق تحصل المعصية بلا جبر لها فتكون المعصية قائمة لا محالة، فلهذا قلنا يحنث نفسه ويكفر عن يمينه، وكلا الوجهين صحيح والثاني أنسب (وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره أو بعد إسلامه فلا حنث) أي لا كفارة (عليه) وقال مالك والشافعي: يكفر بالمال لأن اليمين تعقد للبر وهو من أهله لأنه إنما يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة الله وهو يعتقد ذلك فكان اعتقاده يحمله على البرّ ولهذا يستحلف في الدعاوى والخصومات (ولنا أنه ليس بأهل لليمين لأنها تعقد لتعظيم الله ومع الكفر لا يكون معظماً) إذ الكفر إهانة واستخفاف بالخالق وهو ينافي التعظيم (ولا هو أهل للكفارة لأنها عبادة) بخلاف الاستحلاف في الدعاوى والخصومات فإن المقصود منه ظهور حق المدعي بالنكول أو الإقرار، والكفر لا ينافي ذلك قال: (ومن حرم على نفسه شيئاً مما يملكه) مثل أن يقول حرمت على نفسي ثوبي هذا أو طعامي هذا، (لم يصر محرماً لعينه وعليه إن استباحه) أي إن فعل شيئاً مما حرمه قليلاً أو كثيراً حنث ووجبت الكفارة وقال الشافعي: (لا كفارة عليه لأن تحريم الحلال قلب المشروع) وقلب المشروع (لا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين) كمكسه وهو تحليل الحرام (ولنا أن

---

(١) جيد غريب. أخرجه أبو داود ٣٢٧٨ والنسائي ٧/ ١٠ كلاهما من حديث الحسن عن عبد الرحمن بن سمرة. وقال الزيلعي ٣/ ٢٩٨: وهذا سند صحيح اهـ لكن رواية البخاري ومسلم الآتية عن عبد الرحمن بن سمرة أرجح.

إسلامه فلا حنث عليه) لأنه ليس بأهل لليمين لأنها تعقد لتعظيم الله تعالى، ومع الكفر لا يكون معظماً ولا هو أهل للكفارة لأنها عبادة (ومن حرم على نفسه شيئاً مما يملكه لم يصر محرّماً وعليه إن استباحه كفارة يمين) وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه: لا كفارة عليه لأن تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين. ولنا أن

يمين فرأيت غيرها خيراً منها فكفر عن يمينك وائت الذي هو خيرا»[1] وفي مسلم من حديث أبي هريرة عنه ﷺ «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير»[2] وحديث البخاري وليس في شيء من الروايات المعتبرة لفظ ثم إلا وهو مقابل بروايات كثيرة بالواو، فمن ذلك حديث عبد الرحمن بن سمرة في أبي داود قال فيه «فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير»[3] وهذه الرواية مقابلة بروايات عديدة كحديث عبد الرحمن هذا في البخاري وغيره بالواو فينزل منزلة الشاذ منها فيجب حملها على معنى الواو حملاً للقليل الأقرب إلى الغلط على الكثير، ومن ذلك حديث عائشة في المستدرك «كان النبي ﷺ إذا حلف لا يحنث حتى أنزل الله كفارة اليمين فقال: لا أحلف على يمين، إلى أن قال: إلا كفرت عن يميني ثم أتيت الذي هو خير»[4] وهذا في البخاري عن عائشة أن أبا بكر كان إلى آخر ما في المستدرك[5]، وفيه العطف بالواو وهو أولى بالاعتبار، وقد شذت رواية ثم لمخالفتها روايات الصحيحين والسنن والمسانيد فصدق عليها تعريف المنكر في علم الحديث وهو ما خالف الحافظ فيها الأكثر: يعني من سواه ممن هو أولى منه بالحفظ والإتقان فلا يعمل بهذه الرواية ويكون التعقيب المفاد بالفاء لجملة المذكور كما في أدخل السوق فاشتر لحماً وفاكهة، فإن المقصود تعقيب دخول السوق بشراء كل من الأمرين، وهكذا قلنا في قوله تعالى ﴿فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق﴾ [المائدة ٦] الآية، وهذا لأن الواو لما لم تقتض التعقيب كان قوله

اللفظ ينبيء عن إثبات الحرمة) فإما أن تثبت به حرمة لعينها وهو غير جائز لأنه قلب المشروع كما ذكرتم أو لغيرها (بإثبات موجب اليمين) وفيه إعمال اللفظ والمصير إلى إعمال اللفظ عند الإمكان واجب فيصار إليه. وبهذا التقرير يندفع ما قيل إن بين قوله لم يصر محرماً وبين قوله وعليه إن استباحه تنافياً لأن الاستباحة إنما تستعمل فيما إذا كان ثمة تحريم. وقوله لم يصر محرماً ينافيه، وذلك لأن قوله لم يصر محرماً معناه محرماً لعينه. وقوله إن استباحه إشارة إلى الحرمة لغيره. وعورض بأن اليمين إما أن يذكر

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٦٢٢ و ٦٧٢٢ و ٧١٤٧ و ٧١٤٦ ومسلم ١٦٥٢ وأبو داود ٣٢٧٧ والترمذي ١٥٢٩ والنسائي ٧/ ١١ والدارمي ٢٢٥٨ والبيهقي ١٠/ ٣٢. ١٠٠ والطيالسي ١٣٥١ وأحمد ٥/ ٦١. ٦٢. ٦٣ وابن حبان ٤٣٤٨ من طرق كلهم عن عبد الرحمن بن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ: «يا عبد الرحمن لا تسأل الإمارة، فإنك أن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها، وإن أعطيتها عن مسألة وُكلت إليها. وإذا حلفت..» الحديث هذا لفظ البخاري وغيره ومسلم.

وأخرج قصة اليمين دون الإمارة. الطيالسي ١٣٥١ وأحمد ٥/ ٦١ ومسلم ١٦٥٢ وأبو داود ٣٢٧٧ والنسائي ٧/ ١٠ والبيهقي ١٠/ ٥٣ وابن الجارود ٩٢٩ كلهم من طريق الحسن عن عبد الرحمن بن سمرة به.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٥٠ حـ ١١. ١٢. ١٣. ١٤ ومالك ٢/ ٤٧٨ حـ ١١ والترمذي ١٥٣٠ وأحمد ٢/ ٣٦١ وابن حبان ٤٣٤٩ والبغوي ٢٤٣٨ والبيهقي ١٠/ ٥٣. ٣٢ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

قوله: وحديث البخاري... الخ أي حديث عبد الرحمن بن سمرة تقدم قبل حديث أبي هريرة رواه البخاري وغيره، وليس فيه لفظ (ثم) وإنما هو بالواو.

(٣) تقدم قبل حديثين.

(٤) ضعيف. أخرج الحاكم ٤/ ٣٠١ وابن حبان ٤٣٥٣ كلاهما من طريق الطُفاوي عن هشام عن عروة عن عائشة وإسناد ضعيف لضعف الطُفاوي هذا واسمه محمد بن عبد الرحمن. وقد اضطرب فيه، فلفظ المصنف عند الحاكم، وأما في رواية ابن حبان ففيه: «إلا أتيت الذي هو خير، وكفرت عن يميني» فرواية ابن حبان ليس فيها لفظ: «ثم» وفيها تقديم وتأخير. والصواب في هذا الحديث كونه موقوفاً. أخرج البخاري ٤٦١٤ و ٦٦٢١ والبيهقي ١٠/ ٣٤ كلاهما عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة عن أبي بكر موقوفاً عليه بهذا السياق، وهو بالواو أيضاً.

قال الحافظ في الفتح ١١/ ٥١٨: قال الترمذي في علله: سألت البخاري عنه فقال: المرفوع خطأ، والصحيح عن أبي بكر كذا رواه سفيان ووكيع عن هشام به.

(٥) تقدم في هذا المتقدم وأن الصواب وقفه.

اللفظ ينبيء عن إثبات الحرمة، وقد أمكن إعماله بثبوت الحرمة لغيره بإثبات موجب اليمين فيصار إليه، ثم إذا فعل مما حرمه قليلاً أو كثيراً حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لأن التحريم إذا ثبت تناول كل جزء منه.

فليكفر لا يلزم تقديمه على الحنث بل جاز كونه قبله كما بعده فلزم من هذا كون الحاصل فليفعل الأمرين فيكون المعقب الأمرين، ثم وردت روايات بعكسه: منها ما في صحيح مسلم من حديث عدّي بن حاتم عنه ﷺ «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه»[1] ومنها حديث رواه الإمام أحمد عن عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه»[2] ومنها ما أخرج النسائي: أخبرنا أحمد بن منصور عن سفيان، حدثنا أبو الزعراء عن عمه أبي الأحوص عن أبيه قال «قلت يا رسول الله رأيت ابن عمّ لي آتيه أسأله فلا يعطيني ولا يصلني ثم يحتاج إليّ فيأتيني ويسألني وقد حلفت أن لا أعطيه ولا أصله، فأمرني أن آتي الذي هو خير وأكفر عن يميني»[3] ورواه ابن ماجه بنحوه؛ ثم لو فرض صحة رواية «ثم» كان من تغيير الرواية، إذ قد ثبتت الروايات في الصحيحين وغيرهما من كتب الحديث بالواو، ولو سلم فالواجب كما قدمنا حمل القليل على الكثير الشهير لا عكسه، فتحمل ثم على الواو التي امتلأت كتب الحديث منها دون ثم. وأما لفظ الحديث على ما ذكره المصنف فلم يعرف أصلاً: أعني قوله «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه»[4] إلا أن المطلوب لم يتوقف عليه كذلك، هذا ولفظ اليمين في قوله ﷺ «من حلف على يمين» مجاز من إطلاق اسم الكل على الجزء وهو المقسم عليه لأن اليمين اسم لمجموع القسم والمقسم عليه وهو المراد قوله: **(لا يسترد من الفقير)** يعني إذا دفع إلى الفقير الكفارة قبل الحنث وقلنا لا يجزيه فليس له أن يستردها منه لأنه تمليك لله قصد به القربة مع شيء آخر وقد حصل التقرب وترتب الثواب فليس له أن ينقضه ويبطله قوله: **(ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلاناً ينبغي أن يحنث)** أي يجب عليه أن يحنث **(نفسه ويكفر**

مقسم به وهو عند ذكر اسم من أسماء الله أو صفة من صفاته كما تقدم، أو بأن يذكر شرط وجزاء وليس شيء منهما بموجود فكيف صار يميناً. وأجيب بسقوطها بقوله تعالى ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾ بعد قوله ﴿لم تحرّم ما أحل الله لك﴾ في تحريم العسل أو تحريم مارية، أطلق الأيمان على تحريم الحلال وفرض تحلة الأيمان، والرأي لا يعارض النصوص السمعية. **(ولو قال كل حل عليّ حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوي غير ذلك، والقياس أن يحنث كما فرغ)** لأن قوله هذا في قوة أن يقال والله

قال المصنف: **(ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه)** أقول: فإنه أهون الشرين وارتكابه واجب إذا لم يكن بد من أحدهما، وفي أوائل كتاب الطلاق من الكافي كلام متعلق بالمقام فراجعه.

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٥١ حـ ١٦ . ١٧ . ١٨ والطيالسي ١٠٢٧ و ١٠٢٨ والنسائي ٧/ ١٠ . ١١ وابن ماجه ٢١٠٨ والدارمي ٢٢٥٧ وابن حبان ٤٣٤٦ وأحمد ٤/ ٢٥٦ . ٢٥٨ . ٢٥٧ والبيهقي ١٠/ ٣٢ من طرق كلهم من حديث عدي بن حاتم. رواه مسلم والطيالسي وغيرهما في قصة تارة، وبدون قصة تارة أخرى.

(٢) لم أعثر عليه عن ابن عمر بهذا اللفظ. ولعل الصواب عبد الله بن عمرو بن العاص فقد أخرجه النسائي ٧/ ١٠ وابن ماجه ٢١١١ والبيهقي ١٠/ ٣٣ . ٣٤ وأحمد ٢/ ١٨٥ . ٢٠٤ . ٢١١ . ٢/ ٢ والطيالسي ٢٢٥٩ وابن حبان ٤٣٤٧ كلهم عن عبد الله بن عمرو بن العاص.

وفي إسناده عند ابن حبان مسلم بن خالد الزنجي، وهو سيء الحفظ لكن رواية الباقين من طريق عمرو بن شعيب عن آبائه وهي سلسلة الحديث الحسن.

(٣) صحيح. أخرجه النسائي ٧/ ١١ وابن ماجه ٢١٠٩ وأحمد ٤/ ١٣٦ . ١٣٧ كلهم من حديث أبي الأحوص عن أبيه مالك بن نضلة، واللفظ للنسائي. ورجاله ثقات، وإسناده متصل.

(٤) هذا المتن ذكره صاحب الهداية، فاستغربه ابن الهمام وقال: لم يعرف أصلاً. يعني بهذا اللفظ.

(ولو قال كل حل عليّ حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوي غير ذلك) والقياس أن يحنث كما فرغ لأنه باشر فعلاً مباحاً وهو التنفس ونحوه، هذا قول زفر رحمه الله تعالى. وجه الاستحسان أن المقصود وهو البر لا يتحصل مع اعتبار

عن يمينه لقوله ﷺ **«من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه»**[1] وقد ذكرناه آنفاً ولأن فيما قلناه من تحنيث نفسه **(تفويت البر إلى جابر وهو الكفارة)** وثبوت جابر الشيء كثبوت نفسه فكان المتحقق البرّ **(ولا جابر للمعصية في ضده)** أي في ضد ما قلناه: هو تحنيث نفسه وضد تحنيث نفسه هو أن يبرّ في يمينه بفعل المعصية فإنه حينئذ تتقرر المعصية دون جابر يجبرها، واعلم أن المحلوف عليه أنواع: فعل معصية أو ترك فرض فالحنث واجب أو شيء غيره أولى منه كالحلف على ترك وطء زوجته شهراً ونحوه، فإن الحنث أفضل لأن الرفق أيمن وكذا إذا حلف ليضربن عبده وهو يستأهل ذلك أو ليشكوه مديونه إن لم يوافه غداً لأن العفو أفضل، وكذا تيسير المطالبة أو على شيء وضده مثله كالحلف لا يأكل هذا الخبز أو لا يلبس هذا الثوب فالبرّ في هذا وحفظ اليمين أولى، ولو قال قائل: إنه واجب لقوله تعالى **﴿واحفظوا أيمانكم﴾** [المائدة ٨٩] على ما هو المختار في تأويلها أنه البرّ فيها أمكن قوله: **(وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر أو بعد إسلامه فلا حنث عليه)** أي لا كفارة عليه، فالمراد حكم الحنث المعهود، وكذا إذا حلف مسلماً ثم ارتد ثم أسلم فحنث لا يلزمه شيء، وعلى هذا الخلاف إذا نذر الكافر ما هو قربة من صدقة أو صوم لا يلزمه شيء عندنا بعد الإسلام ولا قبله، وبقولنا: في مسئلة الكتاب قال مالك وعند الشافعي وأحمد يلزمه الكفارة بالمال لأنه أهل لإيجابه دون الصوم لأنه عبادة وليس أهلاً لها، وصار كالعبد لما تعذر عليه الكفارة بالمال تعين عليه إحدى الخصال، فكذا هذا لما تعذر عليه الصوم تعين ما سواه، وأيضاً هو أهل للبرّ فإنه يعتقد حرمة اسم الله جل وعلا ويمتنع عن إخلاف ما عقده به عليه ولهذا يستحلف في الدعاوي ويدخل في المال العتق فإنه يقبل الفصل عن العبادة كالعتق للشيطان ونحوه فيكون في حقه مجرد إسقاط المالية، ثم ثبت في ذلك سمع وهو ما في الصحيحين «أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: يا رسول الله أني نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام. وفي رواية: يوماً، فقال: أوف بنذرك»[2] وفي حديث القسامة من الصحيحين قوله ﷺ: «تبرئكم يهود بخمسين يميناً»[3] ولنا قوله تعالى **﴿إنهم لا أيمان لهم﴾** [التوبة ١٢] وأما قوله بعده **﴿نكثوا أيمانهم﴾** [التوبة ١٢] فيعني صور الأيمان التي أظهروها. والحاصل لزوم تأويل إما في **﴿لا أيمان لهم﴾** [التوبة ١٢] كما قال الشافعي أن المراد لا إيفاء لهم بها أو في **﴿نكثوا أيمانهم﴾** [التوبة ١٢] على قول أبي حنيفة: أن المراد ما هو صور الأيمان دون حقيقتها الشرعية وترجح الثاني بالفقه، وهو أنا نعلم أن من كان أهلاً لليمين يكون أهلاً للكفارة، وليس الكافر أهلاً لها لأنها إنما شرعت عبادة يجبر بها ما ثبت من إثم الحنث إن كان، أو ما وقع من إخلاف ما عقد عليه اسم الله تعالى إقامة لواجبه، وليس الكافر أهلاً لفعل

لا أفعل فعلاً حلالاً وقد فعل فعلاً حلالاً وهو التنفس وفتح العينين فيحنث **(وهو قول زفر. وجه الاستحسان أن اليمين تعقد للبرّ وهو لا يحصل مع اعتبار العموم)** لامتناع أن لا يتنفس وأن لا يفتح العينين فيعلم بدلالة الحال عدم إرادة العموم فيصار إلى أخص الخصوص وهو الطعام والشراب للعرف فإن العادة جارية باستعماله في المتناولات **(و)** إذا لم يكن العموم مراداً **(لا يتناول المرأة**

---

(١) صحيح. تقدم قبل ثلاثة أحاديث عن عدي بن حاتم رواه مسلم وغيره.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٠٣٢ و ٢٠٤٢ و ٢٠٤٣ و ٦٦٩٧ ومسلم ١٦٥٦ وأبو داود ٣٣٢٥ والترمذي ١٥٣٩ وابن ماجه ٢١٢٩ والطحاوي في المعاني ٣/ ١٣٣ والدارقطني ٢/ ١٩٩ وابن حبان ٤٣٧٩ و ٤٣٨٠ وابن الجارود ٩٤١ وأحمد ١/ ٣٧ و ٢/ ٢٠ والبيهقي ١٠/ ٧٦ من طرق كلهم عن نافع عن ابن عمر أن عمر... فذكره.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٦٨٩٨ ومسلم ١٦٦٩ وأبو داود ٤٥٢١ والترمذي ١٤٢٢ والنسائي ٨/ ٥. ٦. ٧ وابن ماجه ٢٦٧٧ والدارمي ٢٢٦٤ ومالك ٢/ ٨٧٨ حـ ٢ وأحمد ٤/ ٣. ١٤٢ كلهم من حديث سهل بن أبي حثمة، ورافع بن خديج في خبر القسامة مطولاً، وسيأتي في القسامة إن شاء الله بتمامة.

العموم، وإذا سقط اعتباره ينصرف إلى الطعام والشراب للعرف فإنه يستعمل فيما يتناول عادة. ولا يتناول المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم. وإذا نواها كان إيلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب، وهذا كله جواب ظاهر

عبادة. وقولهم: إيجاب المال والعتق يمكن تجريده عن معنى العبادة ليس بشيء لأن ذلك في إيجاب المال والعتق من حيث هو إيجابهما، والكلام في إيجابهما كفارة، وإيجابهما كفارة لا يقبل الفصل عما ذكرنا، إذ لو فصل لم يكن كفارة لأن ما شرع بصفة لا يثبت شرعاً إلا بتلك الصفة وإلا فهو شيء آخر، وأما تحليف القاضي وقوله ﷺ «تبريكم يهود بخمسين يميناً»(١) فالمراد كما قلنا صور الأيمان، فإن المقصود منها رجاء النكول، والكافر وإن لم يثبت في حقه شرعا اليمين الشرعي المستعقب لحكمه فهو يعتقد في نفسه تعظيم اسم الله تعالى وحرمة اليمين به كاذباً فيمتنع عند فيحصل المقصود من ظهور الحق فشرع التزامه بصورتها لهذه الفائدة. وما في الهداية من أنه مع الكفر لا يكون معظماً ليس بصحيح إلا أن يريد تعظيماً يقبل منه ويجازى عليه، وأما قوله ﷺ «أوف بنذرك»(٢) فالمشهور من مذهب الشافعي أن نذر الكافر لا يصح، فالاستدلال به كاللجاج وهم يؤوّلونه أنه أمره أن يفعل قربة مستأنفة في حال الإسلام لا على أنه الواجب بالنذر دعا إلى هذا العلم من الشرع أن الكافر ليس أهلاً لقربة من القرب فليس أهلاً لالتزامها؛ ألا ترى أنه لو فعلها لم تصح منه، وتصحيح الالتزام ابتداء يراد لفعل نفس الملتزم، لا لإضعاف العذاب. وقول الطحاوي: إنه ليس متقرباً إلى الله تعالى بل إلى ربه الذي يعبده من دون الله إنما يستقيم في بعض الكفار وهم المشركون على تقدير قصده بنذره الذي أشرك به ففيه قصور عن محل النزاع قوله: (ومن حرّم على نفسه شيئاً مما يملكه) كهذا الثوب عليّ حرام أو هذا الطعام أو هذه الجارية أو الدابة (لم يصر محرماً وعليه إن استباحه كفارة يمين) وليس ملكه شرطاً للزوم حكم اليمين فإنه جار في نحو كلام زيد عليّ حرام، ولو أريد بلفظ شيئاً ما هو أعم من الفعل دخل نحو كلام زيد ولم يدخل نحو هذا الطعام على حرام لطعام لا يملكه، لأنه حرام عليه التصرف فيه مع أنه يصير به حالفاً، حتى لو أكله حلالاً أو حراماً لزمته الكفارة. والحاصل أن حرمته لا تمنع تحريمه حلفاً، ألا يرى إلى قولهم: لو حرم الخمر على نفسه فقال: الخمر عليّ حرام أن المختار للفتوى أنه إن أراد به التحريم: يعني الإنشاء تجب الكفارة إذا شربها كأنه حلف لا أشرب الخمر، وإن أراد الإخبار أو لم يرد شيئاً لا تجب الكفارة لأنه أمكن تصحيحه إخباراً، والمنقول فيه خلاف بين أبي يوسف وأبي حنيفة، عند أحدهما يحنث مطلقاً، وعند الآخر لا يحنث من غير نظر إلى نية، ولو قال: الخنزير عليّ حرام فليس بيمين إلا أن يقول: إن أكلته، وقيل: هو قياس الخمر وهو الوجه. واعلم أن الظاهر من تحريم هذه الأعيان انصراف اليمين إلى الفعل المقصود منها كما في تحريم الشرع لها في نحو ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ [النساء ٢٣] وحرمت الخمر والخنزير أنه ينصرف إلى النكاح والشرب والأكل، ولذا قال في الخلاصة: لو قال: هذا الثوب عليّ حرام فلبسه حنث إلا أن ينوي غيره، وإن قال: إن أكلت هذا الطعام فهو عليّ حرام فأكله لا يحنث، وذكر في المنتقى: لو قال: كل طعام آكله في منزلك فهو عليّ حرام ففي القياس لا يحنث إذا أكله، هكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف، وفي الاستحسان: يحنث، والناس يريدون بهذا أن أكله حرام انتهى. وعلى هذا فيجب في التي قبلها وهو قوله: إن أكلت

إلا بالنية وإذا نواها كان إيلاء) لما بينا أن هذا الكلام يمين فيكون معناه: والله لا أقربك، وهو من صور الإيلاء (وهذا جواب ظاهر الرواية ومشايخ بلخ) كأبي بكر الإسكاف وأبي بكر بن أبي سعيد والفقيه أبي جعفر وبعض مشايخ سمرقند قالوا: (يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى) وقوله: (وكذا ينبغي) ظاهر ولم يذكر مالو قال هرجه بدست جب كيرم بروى حرام فقد قيل لا يقع به الطلاق وإن نوى. ولو قال هرجه بدست كيرم كان طلاقاً قيل يقع به الطلاق وإن لم ينو. وقيل لا يقع إلا بالنية

---

(١) هو المتقدم.

(٢) هو حديث عمر المتقدم قبل حديث القسامة.

الرواية. ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق عن غير نية لغلبة الإستعمال وعليه الفتوى، وكذا ينبغي في قوله حلال بروى حرام للعرف. واختلفوا في قوله هرجه بردست راست كيرم بروى حرام أنه هل تشترط النية والأظهر أنه يجعل طلاقاً من غير نية للعرف (ومن نذر نذراً مطلقاً فعليه الوفاء) لقوله ﷺ «من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى» (وإن علق النذر

هذا فهو على حرام أن يحنث إذا أكله، وكذا ما ذكر في الحيل إن أكلت طعاماً عندك أبداً فهو حرام فأكله لم يحنث ينبغي أن يكون جواب القياس. ولو قال لقوم: كلامكم عليّ حرام أيهم كلم حنث. وفي مجموع النوازل: وكذا كلام فلان وفلان عليّ حرام يحنث بكلام أحدهما، وكذا كلام أهل بغداد، وكذا أكل هذا الرغيف عليّ حرام يحنث بأكل لقمة، بخلاف مالو قال: والله لا أكلمهم لا يحنث حتى يكلمهم. وفي الخلاصة: لو قال: هذا الرغيف عليّ حرام حنث بأكل لقمة. وفي فتاوى قاضيخان: قال مشايخنا رحمهم الله: الصحيح أنه لا يكون حانثاً لأن قوله: هذا الرغيف عليّ حرام بمنزلة قوله والله لا آكل هذا الرغيف، ولو قال: هكذا لا يحنث بأكل البعض. وإن قالت لزوجها: أنت عليّ حرام أو حرمتك يكون يميناً، فلو جامعها طائعة أو مكرهة تحنث، بخلاف ما لو حلف لا يدخل هذه الدار فأدخل لا يحنث، ولو قال لدراهم: في يده هذه الدراهم عليّ حرام إن اشترى بها حنث، وإن تصدق بها أو وهبها لم يحنث بحكم العرف قوله: (وقال الشافعي رحمه الله: لا كفارة عليه) يعني إلا في الجواري والنساء، وبه قال مالك، لأن تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين، إلا أن الشرع ورد به في الجواري والنساء في معناها فيقتصر على مورده، والاستدلال بعد هذا بقوله تعالى ﴿يا أيها النبيّ لم تحرّم ما أحلّ الله لك﴾ [التحريم ١] إلى قوله ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾ [التحريم ٢] فبين سبحانه أنه ﷺ حرم شيئاً مما هو حلال، وأنه فرض له تحلته فعبر عن ذلك بقوله ﴿تحلة أيمانكم﴾ وعلم أنه سبحانه جعل تحريم ما أحل الله له يميناً فيها الكفارة غير مفيد لأن الكلام الآن في تخصيصه بمورده أو تعميمه. أجيب بأن العبرة لعموم اللفظ وهو قوله ﴿ما أحلّ الله لك﴾ [التحريم ١] وقد يدفع بأن المراد به خصوص ما وقع تحريمه: أي لم حرّمت ما كان حلالاً لك، ولذا قال ﴿تبتغي مرضات أزواجك﴾ [التحريم ١] وابتغاء مرضاتهن لا يتعلق بعموم تحريم المباحات بل ببعض يسير، بل الجواب أنه كما ورد أنها أنزلت في تحريم مارية ورد أنها أنزلت في تحريم العسل. في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها «كان ﷺ يمكث عند زينب بنت جحش ويشرب عندها عسلاً فتواصيت أنا وحفصة على أن أيتنا إن دخل عليها فلتقل إني أجد منك ريح مغافير فدخل على إحداهما فقالت له ذلك فقال: لا، بل شربت عسلاً عند زينب ولن أعود إليه فنزلت ﴿يا أيها النبيّ لم تحرّم﴾»[1] [التحريم ١] وهذا أولى بالاعتبار لأن راوية صاحبة القصة وفيه زيادة الصحة وحينئذ لا مانع من كون نزولها في الأمرين جميعاً وقوله تعالى ﴿تبتغي مرضات أزواجك﴾ [التحريم ١] وإن كان ظاهراً في أنها في تحريم مارية لأن مرضاتهن كان في ذلك لا في ترك العسل فلا شك أنه أيضاً في ترك شربه عند الضرّة. فإن قيل: إنه روى «أنه قال والله لا أذوقه»[2] فلذلك سمي تحريماً ولزمت التحلة. أجيب بأنه لم يذكر في الآية ولا في الحديث الصحيح فلا يجوز أن يحكم به ويقيد به حكم النص.

قوله: (ومن نذر نذراً مطلقاً) مثل أن يقول لله عليّ صوم سنة ولم يعلقه بشيء فعليه الوفاء به لقوله ﷺ: «من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى» وإن علق النذر بشرط) سواء كان شرطاً أراد كونه أو لم يرد (فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر) ولا تنفعه كفارة اليمين (لإطلاق الحديث) فإنه لم يفصل بين كون النطر مطلقاً أو معلقاً بشرط (ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده) ولو نجز النذر

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٩١٢ وأطرافه في ٥٢٦٧ و ٦٦٩١ و ٦٩٧٢ ومسلم ١٤٧٤ من وجوه عدة كلاهما من حديث عائشة بأتم منه، وقد ورد بعدة ألفاظ.

(٢) غريب بهذا اللفظ. والصحيح ما رواه البخاري ومسلم في الحديث المتقدم، وفيه: «لن أعود» يعني إلى شرب العسل عند زينب في يوم حفصة أو يوم عائشة. لا أنه حرم شرب العسل أصلاً، وقيل كما ورد في بعض الروايات أنه حرّم مارية.

بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر) لإطلاق الحديث، ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده **(وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه رجع عنه وقال: إذا قال إن فعلت كذا فعليّ حجة أو صوم سنة أو صدقة ما أملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين،**

واعلم أن الذي في الحديث الصحيح هو قوله «ولن أعود إليه» ولا شك أن هذا ليس بيمين موجب للكفارة عند أحد فحيث ذكر الله تعالى ما يفيد أن الواقع منه كان يميناً وجب الحكم بأنه كان منه ﷺ مع ذلك القول قول آخر: لم يرو في تلك الرواية ثبت به اليمين فجاز كونه قوله والله لا أذوقه وجاز كونه لفظ التحريم، إلا أن لفظ حرم على نفسه ظاهر في إرادة قال: حرمت كذا ونحوه، بخلاف الحلف على تركه. وحاصل الوجه الذي اقتصر عليه المصنف وهو أن لفظه ينبىء عن إثبات الحرمة، وقد أمكن إعماله بإثبات حرمته: أي حرمة ذلك الشيء لغيره وهو اليمين بإثبات موجب اليمين وهو البرّ إذا لم يفعله والكفارة إن فعله صوناً لكلامه عن الإلغاء فضلاً من الله عليه فعم المعنى المذكور النساء وغيرهن قوله: **(ثم إذا فعل مما حرمه قليلاً أو كثيراً حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة)** في قوله: وعليه إن استباحه كفارة يمين، وبه عرف أن مراده بقوله لم يصر محرما عليه المحرم لنفسه وإلا لم يصح قوله استباحه، وإنما يحنث بالقليل والكثير **(لأن التحريم إذا ثبت تناول كل جزء منه)** فبتناول جزء يلزمه الحنث، وهذا بخلاف ما تقدم من قوله: والله لا أكلمهم وهذا الرغيف عليّ حرام على ما نقل قاضيخان عن المشايخ قوله: **(ولو قال كل حلال عليّ حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوي غير ذلك)** فإذا أكل أو شرب حنث ولا يحنث بجماع زوجته **(والقياس أن يحنث كما فرغ لأنه باشر فعلاً مباحاً وهو التنفس ونحوه)** كفتح العينين وتحريك الجفنين **(وهو قول زفر)** بناء على انعقاده على العموم كما هو ظاهر اللفظ **(وجه الاستحسان أن المقصود وهو البرّ لا يحصل مع اعتبار العموم)** والظاهر أنه لم يعقد للحنث ابتداء: أي لا يكون الغرض من عقد اليمين الحنث فكان ذلك قرينة صارفة عن صرافة العموم **(وإذا سقط اعتباره ينصرف إلى الطعام والشراب للعرف فإنه)** أي هذا اللفظ **(يستعمل فيما يتناول عادة)** وهو الطعام والشراب، فظهر، أن ما قيل إنه تعذر الحمل على العموم فيحمل على أخص الخصوص لا يصح إذ ليس مجموع الطعام والشراب أخص الخصوص بل حمل على ما تعورف فيه اللفظ **(ولا يتناول المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم)** في غير الطعام والشراب مع صلاحية اللفظ، فإذا نواها اتصلت النية بلفظ صالح فصح فيه دخولها في الإرادة، بخلاف نحو اسقني إذا أريد به الطلاق لا يقع لعدم الصلاحية، فلو وقع كان بمجرد النية **(وإذا نواها كان إيلاء)** لأن الحلف على قربانها(1) إيلاء ولا ينصرف عن الطعام والشراب فأيها فعل حنث، وإذا كان إيلاء فهو إيلاء مؤبد، فإن تركها أربعة أشهر بانت إلى آخر أحكام الإيلاء المؤبد **(وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا)** أي مشايخ بلخ كأبي بكر الإسكاف وأبي بكر بن أبي سعيد والفقيه أبي جعفر قالوا: **(يقع به الطلاق منجزاً لغلبة الاستعمال)** في الطلاق فينصرف إليه من غير نية، وبه أخذ الفقيه أبو الليث. قال المصنف: وعليه الفتوى. وقال البزدوي في مبسوطه: هكذا قال مشايخ سمرقند، ولم يتضح لي عرف الناس في هذا لأن من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة، ولو كان العرف مستفيضاً في ذلك لما استعمله إلا ذو الحليلة، فالصحيح أن يقيد الجواب في هذا ويقول: إن نوى الطلاق يكون طلاقاً، فأما من غير دلالة فالاحتياط أن يقف الإنسان فيه ولا يخالف المتقدمين.

عند وجود الشرط لم تجزه الكفارة فكذا هاهنا **(وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه رجع عنه)** أي عن تعيين الوفاء بنفس النذر إلى القول بالتخيير بين كفارة اليمين وبين الوفاء بذلك وقال: **(إذا قال إن فعلت كذا فعليّ حجة أو صوم شهر أو صدقة ما أملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد، ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضاً)** حتى لو كان معسراً كان مخيراً بين أن يصوم ثلاثة أيام وأن يصوم شهراً، وهذا مروى عن أبي حنيفة في النوادر. ووجهه ما روي في السنن مسنداً إلى عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ

---

(1) قوله: (على قربانها) لعله على ترك قربانها أو على عدم، حرر كتبه مصححه.

وهو قول محمد رحمه الله) ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضاً، وهذا إذا كان شرطاً لا يريد كونه لأن فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل إلى أيّ الجهتين شاء، بخلاف ما إذا كان شرطاً يريد كونه كقوله إن

واعلم أن مثل هذا اللفظ لم يتعارف في ديارنا بل المتعارف فيه حرام عليّ كلامك ونحوه كأكل كذا ولبسه دون الصيغة العامة، وتعارفوا أيضاً الحرام يلزمني، ولا شك في أنهم يريدون الطلاق معلقاً فإنهم يذكرون بعده لا أفعل كذا أو لأفعلن، وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزمني لا أفعل كذا فإنه يراد به إن فعلت كذا فهي طالق ويجب إمضاؤه عليهم. وفي التتمة: لو قال: حلال الله عليّ حرام أو قال: حلال خداي وله امرأة ينصرف إليها من غير نية وعليه الفتوى، وإن لم يكن له امرأة يجب عليه الكفارة. قال المصنف: وكذا ينبغي في حلال يروي حرام للعرف: يعني يقع به الطلاق على ما اختاره للفتوى **(واختلفوا في قوله هرجه بردست راست كيرم بروي حرام أنه هل يشترط النية أو لا، والأظهر أنه يجعل طلاقاً من غير نية للعرف)** قال في الخلاصة: لا يصدق أنه لم ينو، ولو قال: هرجه بدست راست كيرفته أم فهو بمنزلة قوله كيرم. ولو قال: هرجه بدست حب كيرم، في مجموع النوازل: لا يكون طلاقاً وإن نوى. ولو قال: هرجه بدست راست كيرفتم لا يكون طلاقاً لأن العرف في قوله: كيرم ولا عرف في قوله: كيرفتم. ولو قال: هرجه بدست كيرم ولم يقل راست أوجب فهو كقوله: هرجه بدست كيرم. والحاصل أن المعتبر في انصراف هذه الألفاظ عربية أو فارسية إلى معنى بلا نية التعارف فيه فإن لم يتعارف سئل عن نيته. وفيما ينصرف بلا نية لو قال: أردت غيره لا يصدقه القاضي وفيما بينه وبين الله تعالى هو مصدق قوله: **(ومن نذر نذراً مطلقاً)** أي غير معلق بشرط كأن يقول: لله عليّ صوم شهر أو حجة أو صدقة أو صلاة ركعتين ونحوه مما هو طاعة مقصودة لنفسها ومن جنسها واجب **(فعليه الوفاء بها)** وهذه شروط لزوم النذر، فخرج النذر بالوضوء لكل صلاة فإنه لا يلزم لأنه غير مقصود لنفسه، وكذا النذر بعيادة المريض لأنه ليس من جنسه واجب، وأما كون المنذور معصية يمنع انعقاد النذر فيجب أن يكون معناه إذا كان حراماً لعينه أو ليس فيه جهة القربة، فإن المذهب أن نذر صوم يوم العيد ينعقد، ويجب الوفاء بصوم يوم غيره، ولو صامه هرج عن العهدة. ولنا فيه بحث ذكرناه في مختصر الأصول، ومذهب أحمد رحمه الله فيه كفارة يمين عيناً لحديث ورد فيه وهو قوله ﷺ «لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين»[1] رواه الترمذي بسند قال فيه صاحب التنقيح: كلهم ثقات. ومع ذلك فالحديث غير

قال «كفارة النذر كفارة اليمين» قالوا: (هذا إذا كان شرطاً لا يريد كونه) لأن بين الحديثين كما ترى تعارضاً، فحملنا الحديث الأول على النذر المرسل وعلى مقيد أراد الحالف كونه، والثاني على مقيد لا يريد كونه جمعاً بين الآثار، والمعنى الفقهي في ذلك أن في الشرط الذي لا يريد كونه كلامه يشتمل على معنى النذر واليمين جميعاً، أما معنى النذر فظاهر، وأما معنى اليمين فلأنه قصد به

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٢٩٠ والترمذي ١٥٢٥ والنسائي ٧/ ٢٦. ٢٧ وابن ماجه ٢١٢٥ والبيهقي ١٠/ ٦٩ وأحمد ٦/ ٢٤٧ كلهم من طريق الزهري عن أبي سلمة عن عائشة مرفوعاً.

قال الترمذي: حديث غريب. قال البخاري: رواه غير واحد عن الزهري عن سليمان بن أرقم عن أبي سلمة عن عائشة مرفوعاً، والحديث هو هذا اهـ.

قلت: وكذا قال النسائي أنه من طريق الزهري عن سليمان وقال: سليمان هذا متروك. وإنما هو من حديث عمران بن حصين فوهم فيه فجعله عن عائشة.

وكذا صَوَّبَ أبو داود كونه من حديث عمران بن حصين

وقال: رواه غير واحد كذلك

تنبيه: وقد وهم الألباني في الإرواء ٢٥٩٠ حيث جعله صحيحاً من طريق الزهري عن أبي سلمة عن عائشة مع أن البخاري إمام هذه الصنعة، وكذا الترمذي وأبو داود وأحمد وهم أئمة هذا الشأن صوّبوا في حديث الزهري كونه من طريق سليمان بن أرقم، وابن أرقم متروك. ولذا أرسله الزهري في رواية له ثانية.

شفي الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح. قال: (ومن حلف على يمين وقال إن شاء الله

صحيح وبين علته، وكذا قال الترمذي، وقوله فعليه الوفاء به: أي من حيث هو قربة لا بكل وصف التزمه به أو عين وهو خلافية زفر. فلو نذر أن يتصدق بهذا الدرهم فتصدق بغيره عن نذره أو نذر التصدق في هذا اليوم فتصدق في غد أو نذر أن يتصدق على هذا الفقير فتصدق على غيره عن نذره أجزأه في ذلك خلافاً لوفر. له أنه أتى بغير ما نذره. ولنا أن لزوم ما التزمه باعتبار ما هو قربة لا باعتبارات أخر لا دخل لها في صيرورته قربة وقد أتى بالقربة الملتزمة، وكذا إذا نذر ركعتين في المسجد الحرام فأداها في أقل شرفاً منه أو فيما لا شرف له أجزأه خلافاً لزفر. وأفضل الأماكن المسجد الحرام، ثم مسجد النبي ﷺ، ثم مسجد بيت المقدس، ثم الجامع، ثم مسجد الحيّ، ثم البيت له أنه نذر بزيادة قربة فيلزمه. قلنا: عرف من الشرع أن التزامه ما هو قربة موجب، ولم يثبت من الشرع اعتبار تخصيص العبد العبادة بمكان، بل إنما عرف ذلك لله تعالى فلا يتعدى لزوم أصل القربة بالتزامه إلى لزوم التخصيص بمكان فكان ملغى وبقي لازماً بما هو قربة. فإن قلت: من شروط النذر كونه بغير معصية فكيف قال أبو يوسف إذا نذر ركعتين بلا وضوء يصح نذره خلافاً لمحمد. فالجواب أن محمداً أهدره لذلك. وأما أبو يوسف فإنما صححه بوضوء لأن التزام المشروط التزام الشرط، فقوله: بعد ذلك بغير وضوء لغو لا يؤثر، ونظيره إذا نذرهما بلا قراءة ألزمناه ركعتين بقراءة، أو نذر أن يصلي ركعة واحدة ألزمناه ركعتين أو ثلاثاً ألزمناه بأربع. وقال زفر: لا يصح النذر في الأولين لأن الصلاة بلا قراءة والركعة الواحدة غير قربة. وفي الثالثة وهي ما إذا نذر بثلاث يلزمه ركعتان لأنه التزم ركعة بعد الثنتين فصار كما إذا التزمها مفردة على قوله. ولنا معنى ما قدمناه وهو أن الالتزام بشيء التزام بما لا صحة له إلا به، ولا صحة للصلاة بلا قراءة، ولا للركعة الواحدة إلا بضم الثانية، فكان ملتزماً القراءة والثانية. واحتاج محمد إلى الفرق بين التزام الصلاة بلا وضوء حيث أبطله والتزامها بلا قراءة حيث أجازه. والفرق أن الصلاة بلا طهارة ليست عبادة أصلاً، وبلا قراءة تكون عبادة كصلاة الأمي، وهذه المسائل وإن كانت تقدمت متفرقة إلا أن هذا المكان محلها بالأصالة فلم أر إخلاء منها نصيحة لدين رب العالمين

المنع عن إيجاد الشرط (فيتخير ويميل إلى أيّ الجهتين شاء) والتخيير بين القليل والكثير في الجنس الواحد باعتبار معنيين مختلفين جائز كالعبد إذا أذن له مولاه بالجمعة فإنه مخير بين أداء الجمعة ركعتين وبين أداء الظهر أربعاً، والنذر واليمين معنيان مختلفان لأن النذر قربة مقصودة واجب لعينه، واليمين قربة مقصودة واجب لغيره وهو صيانة حرمة اسم الله تعالى **(بخلاف ما إذا كان شرطاً يريد كونه كقوله إن شفي الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه)** وهو المنع لأن قصده إظهار الرغبة فيما جعله شرطاً: قال المصنف: **(وهذا التفصيل)** أي الذي ذكرنا بين شرط لا يريد كونه وبين شرط يريده **(هو الصحيح)** وفيه نظر، لأنه إن أراد حصر

= وقال الترمذي: هذا حديث لا يصح

وجاء في تلخيص الحبير ما ملخصه في ٤/ ١٧٥: الزهري عن أبي سلمة منقطع لم يسمعه الزهري منه وقد رواه عبد الرزاق عن أبي سلمة مرسلاً.

ورواه أبو داود من حديث ابن عباس، وقال: روي موقوفاً وقال النووي في كتابه الروضة: هذا حديث ضعيف باتفاق المحدثين، وتعقبه ابن حجر فقال: قد صحح هذا الحديث الطحاوي وابن السكن فأين الاتفاق اهـ ابن حجر. ويفهم من كلام ابن حجر عدم موافقته للنووي على الاتفاق على ضعف الحديث، ولا يعني أنه صححه، وقد تقدم توهينه له.

وأما حديث عمران بن حصين فقد أخرجه النسائي ٧/ ٢٨ . ٢٩ وأحمد ٤/ ٤٣٩ . ٤٤٠ كلاهما من حديث عمران وفيه: محمد بن الزبير الحنظلي قال النسائي عنه: ضعيف، لا يقوم بمثله حجة اهـ.

قلت: فالحديث بمجموع طريقين عن عائشة وعمران يرقى إلى درجة الحسن إن شاء الله تعالى. وأما تصحيح الألباني له من طريق عائشة بمفرده، فهذا غريب عجيب!!. لا مستند له في ذلك البتة، وكل واحد من الأئمة الذين ذكرتهم ممن أعلّوا حديث عائشة لو قوبل بالألباني لقدم عليه، فكيف جميعهم.

فائدة: وقد ورد بلفظ: «كفارة النذر كفارة اليمين» فهذا صحيح. أخرجه مسلم ١٦٤٥ وأبو داود ٣٣٢٣ و ٣٣٢٤ وأحمد ٤/ ١٧٤ . ١٤٦ . ١٤٩ . ١٥٦ كلهم من حديث عقبة بن عامر ليس فيه لفظ: لا نذر في معصية الله.

متصلاً بيمينه فلا حنث عليه) لقوله ﷺ «من حلف على يمين وقال إن شاء الله فقد برّ في يمينه» إلا أنه لا بد من الاتصال

قوله: (لقوله ﷺ «من نذر وسمي فعليه الوفاء بما سمي»)(١) وهذا دليل لزوم الوفاء بالمنذور وهو حديث غريب إلا أنه مستغنى عنه، ففي لزوم المنذور الكتاب والسنة والإجماع، قال تعالى ﴿وليوفوا نذورهم﴾ [الحج ٢٩] وصرح المصنف في كتاب الصوم بأن المنذور واجب للاية، وتقدم الاعتراض بأنها توجب الافتراض للقطعية. والجواب بأنها مؤوّلة إذ خص منها النذر بالمعصية وما ليس من جنسه واجب فلم تكن قطعية الدلالة. ومن السنة كثير منها حديث في البخاري «من نذر أن يطيع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه»(٢) روته عائشة رضي الله عنها، والإجماع على وجوب الإيفاء به، وبه استدل من قال: من المتأخرين بافتراض الإيفاء بالنذر.

[فروع] إذا نذر شهراً فإما بعينه كرجب وجب التتابع، لكن لو أفطر يوماً لا يلزمه الاستقبال كرمضان لو أفطر فيه يوماً لا يلزمه إلا قضاؤه، كذا هذا، وإن بغير عينه كشهر إن شاء تابعه وإن شاء فرّقه، وإن شرط التتابع لزمه، ولو التزم بالنذر أكثر مما يملكه لزمه ما يملكه هو المختار. قال الطحاوي: إذا أضاف النذر إلى سائر المعاصي كللّه عليّ أن أقتل فلاناً كان يميناً ولزمه الكفارة بالحنث، ولله عليّ أن أطعم المساكين يقع على عشرة. عند أبي حنيفة، لله عليّ طعام مسكين لزمه نصف صاع حنطة استحساناً، لله عليّ أن أعتق هذه الرقبة وهو يملكها فعليه أن يعتقها، فإن لم يعتقها أثم يجبره القاضي. قال: إن برئت من مرضي فعليّ شاة أذبحها أو ذبحت شاة لا يلزمه شيء. ولو قال: أذبحها وأتصدق بلحمها لزمه. قال: لله عليّ أن أذبح جزوراً فأتصدق بلحمه فذبح مكانه سبع شياه جاز قوله: (وإن علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لإطلاق الحديث) الذي رويناه من البخاري وغيره فإنه أمر بذلك من غير تقييد بمنجز ولا معلق، ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده فصار كأنه قال: عند الشرط لله عليّ كذا. وعن أبي حنيفة رحمه الله عنه أنه رجع عنه: أي عن لزوم عين المنذور إذا كان معلقاً بالشرط: أي أنه مخير بين فعله بعينه وكفارة يمين وهو قول محمد. فإذا قال: إن فعلت كذا فعليّ حجة أو صوم سنة إن شاء حج أو صام سنة وإن شاء كفر، فإن كان فقيراً صار مخيراً بين صوم سنة وصوم ثلاثة أيام، والأول وهو لزوم الوفاء به عيناً هو المذكور في ظاهر الرواية، والتخيير عن أبي حنيفة في النوادر. وروي عن عبد العزيز بن خالد الترمذي قال: خرجت حاجاً فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب النذور والكفارات على أبي حنيفة، فلما انتهيت إلى هذه المسئلة قال: قف، فإن من رأيي أن أرجع، فلما رجعت من الحج إذا أبو حنيفة قد توفي، فأخبرني الوليد بن أبان أنه رجع قبل موته بسبعة أيام وقال: يتخير، وبهذا كان يفتي إسماعيل الزاهد. وقال الولوالجي: مشايخ بلخ وبخارى يفتون بهذا وهو اختيار شمس الأئمة. قال: لكثرة البلوى في هذا

الصحة فيه من حيث الرواية فليس بصحيح لأنه غير ظاهر الرواية، وإن أراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض فالدفع ممكن من حيث حمل أحدهما على المرسل والآخر على المعلق من غير تفرقة بين ما يريد كونه ومالا يريده، على أنه فيه إيماء إلى القصور في الذهاب إلى ظاهر الرواية. (ومن حلف على يمين) أي على مقسم عليه من فعل أو ترك وقال إن شاء الله متصلاً بيمينه فلا حنث عليه لقوله ﷺ «من حلف على يمين وقال إن شاء الله فقد برّ في يمينه» رواه ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله

قوله: (وإن أراد حصرها فيه إلخ) أقول: فيه أنه يجوز أن يراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض من حيث المعنى الفقهي.

---

(١) لا أصل له بهذا اللفظ. لذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٠٠: غريب اهـ ووافقه ابن الهمام.

وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٩٢: لم أجده.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٦٩٦ و ٦٧٠٠ وأبو داود ٣٢٨٩ والترمذي ١٥٢٦ والنسائي ٧/ ١٧ والدرامي ٢٢٥٠ وابن ماجه ٢١٢٦ وابن الجارود ٩٣٤ والطحاوي في المعاني ٣/ ١٣٣ وفي المشكل ٣/ ٣٧ . ٣٨ وابن حبان ٤٣٨٧ و ٤٣٨٨ و ٤٣٨٩ والبيهقي ٩/ ٢٣١ و ١٠/ ٦٨ والبغوي ٢٤٤٠ ومالك ٢/ ٤٧٦ والشافعي ٢/ ٧٤ . ٧٥ وأحمد ٦/ ٣٦ . ٤١ . ٢٢٤ من طرق كثيرة كلهم من حديث عائشة.

لأنه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين، والله تعالى أعلم بالصواب.

الزمان. وجه الظاهر النصوص من الآية الكريمة والأحاديث. ووجه رواية النوادر ما في صحيح مسلم من حديث عقبة ابن عامر عنه ﷺ قال «كفارة النذر كفارة اليمين»[1] فهذا يقتضي أن يسقط بالكفارة مطلقاً فيتعارض فيحمل مطلق الإيفاء بعينه على المنجز، ومقتضى سقوطه بالكفارة على المعلق، ولا يشكل لأن المعلق، منتف في الحال فالنذر فيه معدوم فيصير كاليمين في أن سبب الإيجاب وهو الحنث منتف حال التكلم فيلحق به، بخلاف النذر المنجز لأنه نذر ثابت في وقته فيعمل فيه حديث الإيفاء. واختار المصنف والمحققون أن المراد بالشرط الذي تجزىء فيه الكفارة الشرط الذي لا يريد كونه مثل دخول الدار وكلام فلان، فإنه إذا لم يرد كونه يعلم أنه لم يرد كون المنذور حيث جعله مانعاً من فعل ذلك الشرط لأن تعليق النذر على ما لا يريد كونه بالضرورة يكون لمنع نفسه عنه فإن الإنسان لا يريد إيجاب العبادات دائماً وإن كانت مجلبة للثواب مخافة أن يثقل فيتعرض للعقاب، ولهذا صح عنه ﷺ «أنه نهى عن النذر وقال إنه لا يأت بخير»[2]. الحديث، وأما الشرط الذي يريد كونه مثل قوله إن شفى الله مريضي أو قدم غائبي أو مات عدوي فلله عليّ صوم شهر فوجد الشر لا يجزيه إلا فعل عين المنذور، لأنه إذا أراد كونه كان مريداً كون النذر فكان النذر في معنى المنجز فيندرج في حكمه وهو وجوب الإيفاء به فصار محمل ما يقتضي الإيفاء المنجز والمعلق المراد كونه، ومحمل ما يقتضي إجزاء الكفارة المعلق الذي لا يراد كونه وهو المسمى عند طائفة من الفقهاء نذر اللجاج. ومذهب أحمد فيه كهذا التفصيل الذي اختاره المصنف. واستدل ابن الجوزي في التحقيق للاكتفاء في خصوص هذا النذر بحديث مسلم[3] مع أنه مطلق، وليس هذا إلا لما قلنا، وهذا التقرير أولى مما قيل لأن الشرط إذا لم يرد كونه كان في معنى اليمين فإنها تعقد للمنع فأجزأ فيه الكفارة، بخلاف الذي يريد كونه فإنه ورد على هذا التقرر أن اليمين كما يكون للمنع يكون للحمل فلا يختص معناها بما لا يريد كونه فالفرق على هذا تحكم قوله: (ومن حلف على يمين) أي على محلوف عليه فقال: (إن شاء الله متصلاً بيمينه فلا حنث عليه) وكذا إذا نذر وقال: إن شاء الله متصلاً لا يلزمه شيء قال محمد: بلغنا ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم[4]، وكذلك قال موسى عليه الصلاة والسلام ﴿ستجدني إن شاء الله صابراً﴾ [الكهف ٦٩] ولم يصبر ولم يعدّ مخلفاً لوعده، وتقدم في الطلاق وهو قول: أكثر أهل العلم. وقال مالك: يلزمه حكم اليمين والنذر لأن الأشياء كلها بمشيئة الله تعالى فلا يتغير بذكره حكم، وللجمهور

عنهم. وقوله عليه الصلاة والسلام (فقد برّ في يمينه) معناه لا يحنث أبداً لعدم انعقاد اليمين وقوله: (إلا أنه لا بد من الاتصال) استثناء من قوله فلا حنث عليه (لأنه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين) فإن قلت: هذا تعليل في مقابلة النص فإن الحديث بإطلاقه لا يفصل بين المنفصل والمتصل. قلت: الدلائل الدالة من النصوص وغيرها على لزوم العقود هي التي توجب الاتصال،

---

(١) صحيح رواه مسلم وأصحاب السنن تقدم تخريجه قبل حديثين في إثر حديث عائشة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٦٠٨ و ٦٦٩٢ و ٦٦٩٣ ومسلم ١٦٣٩ جـ ٤ وأبو داود ٣٢٨٧ والنسائي ٧/ ١٥ ـ ١٦ وابن ماجه ٢١٢٢ والدارمي ٢٢٥٢ والطحاوي في المشكل ١/ ٣٦٢ ـ ٣٦٢ ـ ٣٦٣ والبيهقي ١٠/ ٧٧ وأحمد ٢/ ٦١ ـ ٨٦ ـ ١١٨ وابن حبان ٤٣٧٥ من طرق كلهم من حديث ابن عمر بزيادة: «إنما يُستخرج من البخيل» هذا لفظ مسلم، وأبي داود وغيرهما. ولفظ البخاري: «نهى رسول الله ﷺ عن النذر وقال: إنه لا يرد شيئاً، وإنما يُستخرج من البخيل» وبهذا السياق رواه ابن حيان ٤٣٧٧.

وورد من حديث أبي هريرة. أخرجه البخاري ٦٦٩٤ ومسلم ١٦٤٠ من وجوه وأبو داود ٣٢٨٨ والترمذي ١٥٣٨ والنسائي ٧/ ١٦ ـ ١٧ وابن ماجه ٢١٢٣ والطحاوي في المشكل ١/ ٣٦٤ وابن حبان ٤٣٧٦ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

ومن وجه آخر أخرجه البخاري ٦٦٠٩ والحميدي ١١١٢ وأحمد ٢/ ٣١٤ وابن الجارود ٩٣٢ كلهم عن أبي هريرة مرفوعاً.

(٣) هو المتقدم قبل حديث واحد، وهو حديث عقبة بن عامر.

(٤) أثر ابن مسعود وابن عمر أسندهما البيهقي ١٠/ ٤٦ ـ ٤٧ من وجوه عنهما. وأما أثر ابن عباس فلم أره.

. . . .

قوله ﷺ «من حلف على يمين وقال إن شاء الله فلا حنث عليه»[١] رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وقال: الترمذي حديث حسن ولأنه تعليق للمحلوف عليه بمشيئة الله تعالى: أعني إذا قال: والله لا أخرج اليوم إن شاء الله فقد علق خروجه بمشيئة الله تعالى فإذا خرج لا يحنث، فإن المعنى إن شاء الله عدم الخروج لا أخرج فإذا خرج تبين أنه تعالى لم يشأ عدم الخروج، وهذا ينتهض على مالك رحمه الله في اليمين بالله تعالى، أما في الطلاق فالكلام معه بحسب المعنى عسر، فإنه إذا قال: أنت طالق إن شاء الله فالظاهر أن المعلق بالمشيئة هو أنت طالق ولا معنى له لأنه قد شاء الله قوله، وقوله: أنت طالق هو الموجب للقطع بشرطه فلا يمكن إعدامه، فلو جعل مصروفاً إلى الوقوع على معنى أنت طالق إن شاء الله وقوع طلاقك فخلاف اللفظ، ثم لا يجدي لأنه قد شاء الله وقوع طلاقها إذ قد شاء تلفظه بأنت طالق غير معلق بشرط لما ذكرنا أن المعلق بالمشيئة إن كان لفظ أنت طالق فقد شاء حيث وجد فيوجد حكمه أو نفس الوقوع فقد شاءه حيث شاء علته وهو تلفظه، وما في الطلاق تقدم تضعيفه، وهذا ما وعدناه في الطلاق، ثم شرط عمل الاستثناء في الإبطال الاتصال، فلو انقطع بتنفس أو سعال ونحوه لا يضرّ.

فإن جواز الاستثناء منفصلاً يفضي إلى إخراج العقود كلها من البيوع والأنكحة وغيرهما من أن تكون ملزمة، وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى، وهذا التعليل يوافق تلك الأدلة، فيحمل حديث الاستثناء على الاتصال توفيقاً بين الأدلة، وقد روى عن ابن عباس جواز الاستثناء منفصلاً وفيه ما ذكرناه، والله أعلم.

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٣٢٦١ و ٣٢٦٢ والترمذي ١٥٣١ والنسائي ٧/ ١٢ و ٧/ ٢٥ وابن ماجه ٢١٠٦ و ٢١٠٥ وابن الجارود ٩٢٨ والدارمي ٢٢٥٤ و ٢٢٥٥ وابن حبان ٤٣٣٩ و ٤٣٤٠ و ٤٣٤٢ والحاكم ٤/ ٣٠٣ والبيهقي ٧/ ٣٦٠. ٣٦١ و ١٠/ ٤٦ وأحمد ٢/ ٦. ٤٨. ٤٩. ٦٨. ١٢٦. ١٢٧. ١٥٣ من طرق كثيرة كلهم من حديث أيوب عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً بألفاظ متقاربة والمعنى واحد.

قال الترمذي: حديث حسن، ولا نعلم أحداً رفعه غير أيوب وقال البيهقي: وقد روي من طريق حسان بن عطية، وكثير بن فرقد، وموسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً ولا يكاد يصح رفعه إلا من جهة أيوب وقال الحاكم: صحيح الإسناد. ووافقه الذهبي.

قلت: قد توبع أيوب فقد أخرجه النسائي ٧/ ٢٥ والحاكم ٤/ ٣٠٣ وابن حبان في الثقات ٢/ ٢٥١ كلهم من طريق كثير بن فرقد أن نافعاً حدثهم به مرفوعاً وصححه الحاكم، وأقره الذهبي، وهو كما قالا رجاله رجال البخاري، وقد صرح ابن فرقد بالتحديث.

وتوبع كثير أيضاً فقد أخرجه ابن حبان ٤٣٤٠ من طريق أيوب بن موسى المكي، وإسناد حسن وأيوب هذا غير السختياني، فذاك ابن أبي تميمة.

وجاء في نصب الراية ٣/ ٣٠١ ما ملخصه: قال الدارقطني: قد توبع أيوب السختياني على رفعه تابعه أيوب المكي والأوزاعي اهـ. وانظر تلخيص الحبير ٤/ ١٦٧ ـ ١٦٨ وعلى كل حال، فمثله لا يقال بالرأي فالصواب أن ابن عمر سمعه من النبي ﷺ، وإن ذكره أحياناً فلم يرفعه. وأيوب وحده ثقة ثبت، وقد رفعه وتوبع عليه.

باب اليمين في الدخول والسكنى

(ومن حلف لا يدخل بيتاً فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة أو الكنيسة لم يحنث) لأن البيت ما أعدّ للبيتوتة وهذه

باب اليمين في الدخول والسكنى

أراد بيان الأفعال التي يحلف عليها فعلاً فعلاً فبدأ بفعل السكنى لأن أوّل الأفعال التي يحتاج إليها الإنسان أن يحل مكاناً ثم يفعل ما يحتاج إليه من اللبس والأكل وغيره، وكل من الأكل والشرب وإن كان من الضروريات لكن حاجة الحلول في مكان ألزم للجسم من أكله ولبسه قوله: (ومن حلف لا يدخل بيتاً فدخل الكعبة أو المسجد أو الكنيسة) وهو متعبّد اليهود أو البيعة وهو متعبد النصارى لم يحنث لأن الأصل أن الأيمان مبنية على العرف عندنا لا على الحقيقة اللغوية كما نقل عن الشافعي رحمه الله، ولا على الاستعمال القرآني كما عن مالك رحمه الله، ولا على النية مطلقاً كما عن أحمد رحمه الله، لأن المتكلم إنما يتكلم بالكلام العرفي: أعني الألفاظ التي يراد بها معانيها التي وضعت لها في العرف، كما أن العربي حال كونه بين أهل اللغة إنما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف ألفاظ المتكلم إلى ما عهد أنه المراد بها. ثم من المشايخ ما جرى على هذا الإطلاق فحكم في الفرع الذي ذكره صاحب الذخيرة والمرغيناني وهو ما إذا حلف لا يهدم بيتاً فهدم بيت العنكبوت أنه يحنث بأنه خطأ، ومنهم من قيد حمل الكلام على العرف بما إذا لم يكن العملي بحقيقته. ولا يخفى أن هذا يصير المعتبر الحقيقة اللغوية إلا ما من الألفاظ ليس له وضع لغوي بل أحدثه أهل العرف، وأن ما له وضع لغوي ووضع عرفي يعتبر معناه اللغوي وإن تكلم به متكلم من أهل العرف، وهذا يهدم قاعدة حمل الأيمان على العرف فإنه لم يصير المعتبر إلا اللغة إلا ما تعذر وهذا بعيد، إذ لا شك أن المتكلم لا يتكلم إلا بالعرف الذي به التخاطب سواء كان عرف اللغة إن كان من أهل اللغة أو غيرها إن كان من غيرها نعم ما وقع استعماله مشتركاً بين أهل اللغة وأهل العرف تعتبر على أنها العرف، فأما الفرع المذكور فالوجه فيه أنه إن كان نواه في عموم بيتاً حنث، وإن لم يخطر له وجب أن لا يحنث لانصراف الكلام إلى المتعارف عند إطلاق لفظ بيت، وظهر أن مرادنا بانصراف الكلام إلى العرف أنه إذا لم يكن له نية كان موجب الكلام ما يكون معنى عرفياً له، وإن كان له نية شيء واللفظ

باب اليمين في الدخول والسكنى

لما كان انعقاد اليمين على فعل شيء أو تركه لم يكن بد من ذكر أنواع الأفعال الواردة في اليمين فذكرها في أبواب وقدم الدخول والسكني على غيرهما من الأكل والشرب ونحوهما لأن أول ما يحتاج إليه الإنسان الذي يتحقق منه اليمين بعد وجوده مسكن يدخل فيه ويسكنه ثم يتوارد عليه الأفعال من الأكل والشرب وغيره، وإليه وقعت الإشارة في قوله تعالى ﴿يا أيها الناس اعبدوا ربكم الذي خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون الذي جعل لكم الأرض فراشاً والسماء بناء﴾ الآية، والدخول عبارة عن الانتقال من الظاهر إلى الباطن، والسكنى عبارة عن الكون في مكان على سبيل الاستقرار مبيتاً لأهله قوله: (ومن حلف لا يدخل بيتاً) ظاهر والبيعة متعبد النصارى والكنيسة لليهود قوله: (لأن البيت ما أعدّ للبيتوتة وهذه البقاع ما أعدت لها) اعترض عليه بأن الله سمى الكعبة بيتاً، قال الله تعالى ﴿إن أوّل بيت وضع للناس﴾ الآية، وسمى المساجد بيوتاً بقوله تعالى ﴿في بيوت أذن الله﴾ الآية. وأجيب بأن الأيمان مبناها على العرف لا على ألفاظ القرآن: ألا ترى أن الله تعالى سمى بيت العنكبوت بيتاً ومطلق اسم البيت في

باب اليمين في الدخول والسكنى

قوله: (لما كان انعقاد اليمين على فعل شيء أو تركه لم يكن بد من ذكر أنواع الأفعال إلخ) أقول: ويعلم منه التروك. قوله: (مبيتاً لأهله) أقول: احتراز عن الكون في السوق على سبيل الاستقرار فإنه لا يعد سكنى، إلا أن ما ذكره لا يشمل سكني غير المتأهل فليتأمل قوله: (وسيجيء الجواب إلخ) أقول: في باب اليمين في الأكل والشرب.

البقاع ما بنيت لها **(وكذا إذا دخل دهليزاً أو ظلة باب الدار)** لما ذكرنا، والظلة ما تكون على السكة، وقيل إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يبقى داخلاً وهو مسقف يحنث لأنه يبات فيه عادة **(وإن دخل صفة حنث)** لأنها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الأوقات فصار كالشتوي والصيفي. وقيل هذا إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة، وهكذا كانت

يحتمله انعقد اليمين باعتباره، إذا عرفنا هذا فالكعبة وإن أطلق عليها بيت في قوله تعالى **﴿إن أول بيت وضع للناس للذي ببكة﴾** [آل عمران ٦٩] وكذا المسجد في قوله تعالى **﴿في بيوت أذن الله أن ترفع﴾** [النور ٣٦] وكذا بيت العنكبوت وبيت الحمام، ولكن إذا أطلق البيت في العرف فإنما يراد به ما يبات فيه عادة فدخل الدهليز إذا كان كبيراً بحيث يبات فيه لأن مثله يعتاد بيتوتة للضيوف في بعض القرى وفي المدن يبيت فيه بعض الأتباع في بعض الأوقات فيحنث. والحاصل أن كل موضع إذا أغلق الباب صار داخلاً لا يمكنه الخروج من الدار وله سعة يصلح للمبيت مسقف يحنث بدخوله، وعلى هذا يحنث بالصفة سواء كان لها أربع حوائط كما هي صفاف الكوفة أو ثلاث على ما صححه المصنف بعد أن يكون مسقفاً كما هي صفاف ديارنا لأنه يبات فيه، غاية الأمر أن مفتحه واسع، وكذا الظلة إذا كان معناها ما هو داخل الباب مسقفاً، بخلاف ما إذا كان ساباطاً[1] وهو ما على ظاهر الباب في الشارع من سقف له جذوع أطرافها على جدار الباب وأطرافها الأخرى على جدار الجار المقابل له، وسيأتي أن السقف ليس شرطاً في مسمى البيت فيحنث وإن لم يكن الدهليز[2] مسقفاً قوله: **(ومن حلف لا يدخل داراً فدخل داراً خربة لم يحنث، ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لأن اسم الدار للعرصة عند العرب والعجم فيقال دار عامرة ودار غير عامرة في العجم والعرب، وقد شهدت أشعار العرب بذلك)** قال نابغة ذبيان واسمه زياد بن معاوية:

يا دار مية بالعلياء فالسند ... أقوت وطال عليها سالف الأبد
وقفت فيها أصيلانا أسائلها ... عيت جواباً وما بالربع من أحد
إلا الأواري لأياً ما أبينها ... والنؤى كالحوض بالمظلومة الجلد

اليمين لا يتناوله. واستشكل بما قاله في الفوائد الظهيرية إذا حلف لا يهدم بيتاً فهدم بيت العنكبوت خث، وسيجيء الجواب إن شاء الله **(وكذا إذا دخل دهليزاً أو ظلة باب الدار)** قال في المغرب: ظلة الباب هي السدّة التي فوق الباب. وقول المصنف: **(والظلة تكون على السكة)** أراد بها الساباط الذي يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء، وإنما لم يحنث لأنه لا ينطلق عليه اسم البيت ولعدم البيتوتة فيه، وكذلك إذا كان فوقه بناء، إلا أن مفتحه إلى الطريق لا يحنث إذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه لأنه ليس من جملة بيته قوله: **(وقيل إذا كان الدهليز)** ظاهر قوله: **(وإن دخل صفة حنث لأنها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الأوقات فصار كالشتوي والصيفي)** الذي يبنى للبيتوتة فيه شتاء أو صيفاً، وقيل هذا إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة **(وهكذا كانت صفافهم)** أي صفاف أهل الكوفة، ذكر عن أبي حازم القاضي أن هذه أشكلت عليّ حتى دخلت الكوفة، فرأيت صفافهم مبوبة فعلمت أن الأيمان وضعها على تعارفهم **(وقيل الجواب مجرى على إطلاقه)** يعني سواء كانت ذات حوائط أربعة أو ثلاثة **(وهو الصحيح)** دون الحمل على عرفهم لأن البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد بني للبيتوتة، وهذا المعنى موجود في الصفة، إلا أن مدخلها أوسع فيتناولها اسم البيت فيحنث **(ومن حلف لا يدخل داراً فدخل داراً خربة لم يحنث، ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث)** لأن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم، يقال دار عامرة ودار غامرة، وقد شهدت أشعار العرب ذلك، فمنها ما قال لبيد:

عفت الديار محلها فمقامها ... بمنى تأبد غولها فرجامها

---

(١) السّاباط: سقيفة تحتها ممر نافذ. والجمع: سوابيط والسُّباطة: الكناسة ويراد بها مرمىٰ الكناسة.
(٢) الدهليز: المدخل إلىٰ الدار فارسي معرّب والجمع دهاليز اهـ مصباح.

صفافهم. وقيل الجواب مجرى على إطلاقه وهو الصحيح **(ومن حلف لا يدخل داراً فدخل داراً خربة لم يحنث، ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث)** لأن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم، يقال دار عامرة ودار غامرة، وقد شهدت أشعاراً العرب بذلك، والبناء وصف فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو وفي

إذا كانت الدار بالعلياء فالسند وهو ارتفاع الجبل بحيث يسند إليه: أي يصعد لم يضرها السيل، وأقوت أقفرت، وطال عليها سالف الأبد بالباء السالف الماضي، والأبد الدهر: أي طال عليها ماضي الزمان، وهذا كناية عن خرابها، وأصيلانا تصغير جمع أصيل أصلان كبعير وبعران وهو عشية النهار وقد تبدل نونه لاماً فيقال أصيلال، وإنما صغره للدلالة على قصر الوقت الذي وقف فيه للمساءلة، وهذا السؤال توجع وتحسر، وعيت جواباً عجزت، يقال: في تعب البدن إعياء والفعل أعيا وفي كلام اللسان عيي. ورئي فاضل قادماً إلى المدينة ماشياً فقال له: مولانا عيي أم أعيا؟ فقال: بل أعييت، فوضع أعيت جواباً في البيت المذكور مكان عيت خلاف المعروف، والأواري جمع آريّ وهو محابس الخيل ومرابطها، واللأي البطء: أي تبيني لها ببطء فاستلزم تعباً، فمن فسر اللأي بالشدة فهو باللازم، فإن البطء في التبين لا يكون إلا لتعب فيه، والنؤي حاجز من تراب يجعل حول الخباء لمنع السيل من دخوله، وما وقع في بعض المواضع أنه حفيرة غلط، وما عسى أن يبلغ عمق الحفيرة حتى تمنع السيل فإنها لو كانت بئراً امتلأت في لحظة وفاضت، وإنما هو ما ذكرنا، ولذا قال في البيت بعده:

ردت عليه أقاصيه ولبده ضرب الوليدة بالمسحاة في الثأد

عفا يعفو متعدٍ ولازم وهنا لازم، وتأبد المنزل: أي أقفر فألفته الوحوش، والغول والرجام موضعان. يقول: عفت ديار الأحباب ما كان منها للحلول وما كان منها للإقامة، وهذه الديار كانت بمنى وقد توحشت الديار الغولية والرجامية. وقال قائلهم:

الدار دار وإن زالت حوائطها والبيت ليس ببيت بعد تهديم

وهذا ظاهر. وقوله: **(والبناء وصف فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر)** لما ذكر في الأصول أن المحلوف عليه لا بد وأن يكون معلوماً. فإذا كان مشاراً إليها كان المحلوف عليه معلوماً فلا حاجة إلى معرف بخلاف المنكر فإنه لا معرف له سوى الوصف فيكون معتبراً. واعترض بوجهين: أحدهما أن الصفة لو كانت معتبرة في المنكر لما وقع المشتراة للموكل إذا وكل رجلاً بشراء دار فاشترى داراً خربة لأنها غير موصوفة وهذا نقض إجمالي. والثاني أن البناء لا يخلو إما أن يكون داخلاً في

قوله: **(واعترض بوجهين: أحدهما أن الصفة لو كانت معتبرة إلخ)** أقول: أنت خبير بأنه بعد تخصيص الكلام بالمحلوف عليه لا يرد الاعتراض الأول. ثم أقول: قال في الكافي: فإن قيل: ما ذكرت أن الصفة في العين غير معتبرة لا يصح، فإنه لو حلف أن لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد أن صار تمراً لا يحنث، ولو كانت الصفة ملغاة يحنث. قلنا: الصفة في المعين لغو إلا إذا كانت داعية إلى اليمين كما في مسئلة الرطب فربما يضره أكل الرطب دون التمر، وصفة كون الدار مبنية لا تدعو إلى ترك الدخول فتعلقت اليمين بالأصل دون الوصف، كما لو حلف أن لا يكلم هذا الصبي لم يتقيد بزمان صباه لأن الصبا لا يدعو إلى اليمين لأنه داع إلى المبرة والمرحمة والتلطف قولاً وفعلاً. قال عليه الصلاة والسلام «من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا» وفي ترك التكلم ترك الترحم فتعلقت اليمين بالذات دون الصفة، كأنه قال: لا أكلم هذا، وبخلاف ما إذا حلف أن لا يأكل لحم هذا الحمل لأن صفة الصغر هنا لا تدعو إلى اليمين لأن الممتنع منه أكثر امتناعاً من لحم الكبش، وبخلاف ما إذا حلف أن لا يكلم صبياً فكلم شيخاً فإنه لا يحنث لأن الصفة في النكرة معتبرة اهـ. فإن قيل: إيش يعني من كون الصفة داعية إن أردت صلوحها للدعوة فالبناء في الدار كذلك إما لو هاء في البناء أو ضيق أو معنى يبعثه إلى ترك الدخول، وإن أردت حقيقة الدعوة فالرطب ليس كذلك لأنه كما يضره فربما لا يضره أيضاً ولذا ذكره بكلمة ربما في الكتاب فينبغي أن يحنث. قلنا: أصل البناء للدخول والعوارض المذكورة لا تعارض الأصل بخلاف الرطب، هكذا قيل وعليك بالتأمل قوله: **(وأجيب عن الأول إلخ)** أقول: جواب بمنع جريان الدليل إذ المراد بالمنكر في الدليل هو المنكر من كل وجه قوله: **(وعن الثاني بأن البناء صفة إلخ)** أقول: جواب باختيار الشق الثاني ومنع وجوب عدم اختلاف الحال في عدم الدخول مستنداً لجواز إرادته بحكم العرف لتعينه في غالب الاستعمال.

. . . .

يعني ردت الوليدة وهي الأمة الشابة ما تباعد من تراب النؤى بسبب تهدمه عليه بضرب المسحاة في الثأد وهي الأرض الندية. قال الأعلم: وهو مصدر وصف به، وأراد بالمظلومة الأرض التي لم تمطر، والجلد الصلبة، فيكون النؤى والوتد أشدّ ثباتاً فيها. وقال امرؤ القيس:

يا دار ماوية بالحائل فالسهب فالحبتين من عاقل
صم صداها وعفا رسمها واستعجمت عن منطق السائل

يريد أنها مقفرة لا أنس بها فيسمع صوته ولا أحد يتكلم فيجيبه الصدى، وهو الذي يسمى بابنة الجبل. وقال امرؤ القيس:

لمن طلل أبصرته فشجاني كخط زبور عسيب يماني
ديار لهند والرباب وفرتني ليالينا بالنعف من بدلاني

يريد أنها درست وخفيت الاثار كخفاء خط الكتاب ودقته إذا كان في عسيب يمان وكان أهل اليمن يكتبون عهودهم في عسيب النخلة فهذه الأشعار وما لا يحصى كثرة تشهد بأن اسم الدار للعرصة ليس غير، لأن هؤلاء المتكلمين بهذه الأشعار لا يريدون بالاسم إلا العرصة فقط فإن هذه الديار التي ذكروها لم يكن فيها بناء أصلاً بل هي عرصات منزولات إنما يضعون فيها الأخبية لا أبنية الحجر والمدر فصح أن البناء وصف فيها غير لازم، وإنما اللازم فيها كونها قد نزلت، غير أنها في عرف أهل المدن. لا يقال: إلا بعد البناء فيها، ولو انهدم بعد ذلك بعضها قيل: دار خراب فيكون هذا الوصف جزء المفهوم لها، فأنا إذا محيت الأبنية بالكلية وعادت ساحة فالظاهر إن إطلاق اسم الدار في العرف عليها كهذه دار فلان مجاز باعتبار ما كان، فالحقيقة أن يقال كانت داراً، وإذا عرف ذلك فإذا حلف لا يدخل داراً فدخل داراً خربة بأن صارت لابناء بها لا يحنث، وهذا هو المراد فإنه قال: في مقابله فيما إذا حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما صارت صحراء حنث، وإنما تقع المقابلة بين المعين والمنكر في الحكم إذا توارد حكمهما على محل، فأما إذا دخل

المسمى أو لم يكن، فإن كان داخلاً وجب أن لا يختلف الحال بالغيبة والحضور في الدخول كالعرصة. فإن لم يكن داخلاً وجب أن لا يختلف الحال أيضاً في عدم الدخول كما إذا حلف لا يكلم رجلاً لا يتقيد يمينه برجل قاعد عالم إلى غير ذلك من الصفات الخارجة عنه وهذه معارضة. وأجيب عن الأوّل بأن الدار في الوكالة تعرفت بوجه لأن التوكيل بشرائها إنما يصح عند بيان الثمن والمحلة وليست في اليمين كذلك فلا يلزم من صحة انعقاد الوكالة صحة انعقاد اليمين بلا صفة. وعن الثاني بأن البناء صفة متعينة للدار فجاز أن يكون مراداً بحكم العرف لتعينه وفي الرجال التزاحم في الصفات ثابت من العلم والعقل والقدرة والصناعة والحسن والجمال، وهذه الصفات بأسرها تمتنع إرادتها عادة، وليس البعض أولى من البعض في الإرادة فتمتنع الإرادة أصلاً، كذا في النهاية محالاً على الفوائد الظهيرية. وردّ بأن البناء ضده الخراب فكان الدار محل تواردهما فكيف صار البناء صفة متعينة فهو في حيز النزاع. وأقول في جواب المعارضة المذكور من التقسيم غير حاضر لجواز أن يكون داخلاً في المنكر لاحتياجه إلى التعريف

قوله: (ورد بأن البناء ضده الخراب إلخ) أقول: كلام على السند الأخص مع أن البناء أصل في الدار. قال في الكافي: اسم الدار لا يقع على العرصة قبل البناء، لكن إذا بنيت تسمى داراً وإن انهدمت انتهى، فالبناء صفة متعينة بأصالته والخراب لا يزاحمه، فليتأمل. وفي الكافي أيضاً: الدار اسم لعرصة أدير عليها الحيطان ولا يزول ذلك برفع البناء انتهى. وفي هامشه: فأما العرصة قبل البناء لا تسمى داراً ألا ترى أن المفاوز والمزارع لا تسمى داراً قوله: (وأقول في جواب المعارضة المذكور من التقسيم غير حاضر لجواز أن يكون داخلاً في المنكر لاحتياجه إلى التعريف غير داخل في المعرف إلخ) أقول: لا يخفى عليك أن دخول معنى في المنكر مع خروجه في المعرف غير معهود بل المعهود هو عكسه.

الغائب معتبر. **(ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت أخرى فدخلها يحنث)** لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام، **(وإن جعلت مسجداً أو حماماً أو بستاناً أو بيتاً فدخله لم يحنث)** لأنه لم يبق داراً لاعتراض اسم آخر عليه، وكذا إذا دخله بعد انهدام الحمام وأشباهه لأنه لا يعود اسم الدارية **(وإن حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث)** لزوال اسم البيت لأنه لا يبات فيه، حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لأنه يبات فيه

بعد ما زالت بعض حيطانها فهذه دار خربة فينبغي أن يحنث في المنكر إلا أن يكون له نية، وإنما وقعت هذه المفارقة لأن البناء وإن كان وصفاً فيها يعني معتبراً فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو لأن ذاته تتعرف بالإشارة فوق ما تتعرف بالوصف، وفي الغائب معتبر لأنه المعرف له قوله: **(ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت داراً أخرى فدخلها حنث لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام، ولو بنيت مسجداً أو حماماً أو بستاناً أو بنيت بيتاً فدخله لم يحنث لأنها لم تبق داراً)** وكذا إذا غلب عليها الماء أو جعلت نهراً فدخله لاعتراض اسم آخر عليه وكذا إذا دخله بعد ما انهدم المبنى ثانياً من الحمام وما معه لأنه لا يعود اسم الدارية بياء مشددة، وكذا إذا بنى داراً بعد ما انهدم ما بنى ثانياً من الحمام ونحوه لأنها غير تلك الدار التي منع نفسه من الدخول فيها. ويرد على هذا التفصيل أن البناء إن كان جزء مفهوم الدار عرفاً فعدم الحنث إذا زال في المنكر حق لكن ثبوت الحنث في المشار إليها بعد ما صارت صحراء مشكل لأن كون الإشارة تعين الذات إنما يقتضي تعين هذا البناء مع الساحة محلوفاً عليه وقد انتفى، ويقتضي أيضاً أنه لو دخلها بعد ما انهدمت وبنيت داراً أخرى لا يحنث لأن هذا البناء الثاني ليس عين ذلك والحكم عندهم خلافه. فإن قيل: الحلف إذا وقع على معين وقع على كل جزء فيحنث بوجود الجزء الواحد. قلنا: ممنوع بل على المجموع كما لو حلف لا يكلم زيداً أو عمراً أو أهل الكوفة لا يحنث بكلام أحدهم وإن لم يكن جزءاً، بل المعتبر كون العرصة بنيت أشكل عليه عدم الحنث في المنكر فيما إذا دخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء لوجود تمام المسمى قوله: **(وإذا حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث)** لأن اسم البيت قد زال بالانهدام لزوال مسماه وهو البناء الذي يبات فيه، بخلاف الدار لأنها تسمى داراً ولا بناء فيها، فلو بقيت الحيطان وزال السقف حنث لأنه يبات فيه والسقف وصف فيه، وهذا يفيدك أن ذكر السقف في الدهليز من قوله: وهو مسقف لا حاجة إليه لأنه معتاد للبيتوتة كما قدمنا، والبيت لا يلزم في مفهومه السقف فقد يكون مسقفاً وهو البيت الشتوي وغير مسقف وهو الصيفي **(وكذا إذا بنى بيتاً آخر فدخله لا يحنث لأن الاسم لم يبق بعد الانهدام)** وهذا المبنى غير البيت الذي منع نفسه دخوله. ولو حلف لا يدخل بيتاً فدخل بيت شعر أو فسطاطاً إن كان من أهل البادية حنث وإلا لا يحنث قوله: **(ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها)** من غير دخول من الباب بأن ظفر من سطح إلى سطحها

غير داخل في المعرف لاستغنائه عنه. **(ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت أخرى فدخلها حنث لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام، وإن جعلت مسجداً أو حماماً أو بستاناً أو بيتاً فدخله لم يحنث)** لاعتراض اسم آخر عليه ومن ضرورة حدوث هذا الاسم زوال ذلك الاسم، واليمين قد انعقدت بما يسمى داراً ولم يبق. وقوله: **(وكذا إذا دخل بعد انهدام الحمام)** ظاهر. قال: **(وإن حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فإنه لا يبات فيه، حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف حنث لبقاء الاسم)** قال الله تعالى **﴿فتلك بيوتهم خاوية﴾** في بيوت منهدمة السقوف **(ولأنه يبات فيه فكان السقف وصفاً فيه وكذا إذا بني بيتاً آخر فدخله لأن الاسم لم يبق بعد الانهدام)** وأنه صار بيتاً بسبب حادث، واختلاف السبب يوجب اختلاف العين فلا يكون داخلاً في البيت المحلوف عليه فلا يحنث، كذا في الشروح **(ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها)** بالصعود إليه من خارج **(حنث لأن السطح من الدار)** لأن الدار عبارة عما أحاط به الدائرة وهو حاصل في علوها وسفلها

والسقف وصف فيه **(وكذا إذا بنى بيتاً آخر فدخله لم يحنث)** لأن الاسم لم يبق بعد الانهدام. قال: **(ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث)** لأن السطح من الدار؛ ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد. وقيل في عرفنا لا يحنث وهو اختيار الفقيه أبي الليث. قال: **(وكذا إذا دخل دهليزها)** ويجب أن يكون على

(حنث لأن السطح من الدار، ألا يرى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد) فلو عد السطح خارجاً فسد. وقد قال: المبنى مختلف فإن الأيمان مبنية على العرف فجاز كون بعض ما هو في حكم المسجد خارجاً في العرف؛ ألا يرى أن فناء المسجد له حكم المسجد في بعض الأشياء حتى جاز اقتداء من فيه بمن في المسجد، ولا شك أنه خارج فالأقرب ما قيل: الدار عبارة عما أحاطت به الدائرة، وهذا حاصل في علوّ الدار وسطحها، وهذا يتم إذا كان السطح بحضير، فلو لم يكن له حضير فليس هو إلا في هواء الدار فلا يحنث من حيث اللغة إلا أن يكون عرف أنه يقال: إنه داخل الدار. والحق أن السطح لا شك أنه من الدار لأنه من أجزائها حساً لكن لا يلزم من القيام عليه أن يقال: في العرف دخل الدار بل لا يتعلق لفظ دخل إلا بجوف الدار حتى صح أن يقال: لم يدخل الدار ولكن صعد السطح من خارج بحبل، وهذا في عرف من ليس من أهل اللسان فطابق عرف العجم. ولو جمع بين قول: المتقدمين والمتأخرين بأن يحمل جواب المتقدمين بالحنث علي ما إذا كان السطح حضير وجواب المتأخرين المعبر عنهم بقوله وقيل: في عرفنا يعني عرف العجم على ما إذا لم يكن له حضير اتجه وهذا اعتقادي قوله: **(وقيل في عرفنا لا يحنث)** أي بالوقوف على السطح، وكذا لا يحنث بالصعود على شجرة داخلها لأنه لا يسمى داخل الدار ما لم يدخل جوفها، وكذا إذا قام على حائط منها قوله: **(وكذا إذا دخل دهليزها)** يعني يحنث ويجب فيه التفصيل المتقدم وهو أن يكون له حوائط وهو مسقف، وأنت علمت أن السقف ليس لازماً في مسمى البيت بل في مسمى البيت الشتوي، قوله: **(وإن وقف في طاق الباب وهو بحيث إذا أغلق الباب كان خارجاً عن الباب لم يحنث لأن الباب لإحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب في الدار)** ولو أدخل رأسه أو إحدى رجليه أو حلف لا يخرج فأخرج إحداهما أو رأسه لم يحنث وبه قال: الشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله «وقد كان ﷺ يناول عائشة رأسه لتصلحه وهو معتكف في المسجد وهي في بيتها»[1] لأن قيامه بالرجلين فلا يكون بإحداهما داخلاً ولا خارجاً. وفي هذا خلاف فإنه ذكر في الخلاصة: لو قال لامرأته: إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق، فقامت على أسقفة الباب وبعض قدمها بحال لو أغلق الباب كان ذلك المقدار داخلاً وبعضه الباقي خارجاً إن كان اعتمادها على النصف الخارج حنث، وإن كان على النصف الداخل أو عليهما لا يحنث. قال: وفي المحيط لو أدخل إحدى رجليه لا يحنث، وبه أخذ الشيخان الإمامان شمسا الأئمة الحلواني والسرخسي، هذا إذا كان يدخل قائماً، فأما إذا كان يدخل مستلقياً على ظهره أو بطنه أو جنبه فقد خرج حتى

(ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد) ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه، ولا يظن أن السقف من البناء فيتوهم التناقض بين كلاميه لأنه قال من قبل والبناء وصف فيها، وقيل إذا وقف على السطح لا يحنث في عرفنا. قال الفقيه أبو الليث في النوازل: إن كان الحالف من بلاد العجم لا يحنث ما لم يدخل الدار لأن الناس لا يعرفون ذلك دخولاً في الدار **(وكذا إذا دخل دهليزها يحنث)** ذكره القدوري مطلقاً. قال المصنف: **(ويجب أن يكون على التفصيل الذي تقدم)** يعني به

قوله: (وهو مسقف) أقول: أنت خبير بأنه لا يشترط أن يكون مسقفاً هنا صرح بذلك العلامة الزيلعي لأن اسم الدار يتناوله بدونه وبدون البناء، بخلاف البيت فكان ينبغي أن لا يذكره الشارح.

---

(١) صحيح تقدم في كتاب الصيام باب الاعتكاف.

التفصيل الذي تقدم (وإن وقف في طاق الباب بحيث إذا أغلق الباب كان خارجاً لم يحنث) لأن الباب لإحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار قال: **(ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل)**

صار بعضه داخل الدار إن كان الأكثر داخل الدار يصير داخلاً، وإن كان ساقاه خارجها ولو تناول بيده شيئاً من داخل لا يحنث.

[فروع] حلف لا يدخل هذه الدار فأدخل مكرهاً: أي محمولاً لا يحنث، فإن أدخل وهو بحال لا يقدر على المنع لكن رضي بقلبه اختلفوا، والأصح لا يحنث، فلو خرج بعد دخوله مكرهاً: أي محمولاً ثم دخل هل يحنث اختلفوا. قال السيد أبو شجاع: لا يحنث، وهكذا في شرح الطحاوي. وقال القاضي الإمام: الأصح أنه يحنث، وسيأتي له تتمة. ولو اشتد في المشي فوقع في الباب يحنث، ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل بيتاً منها قد أشرع إلى السكة حنث إذا كان بابيه في السكة والآخر في الدار، وكذا لو دخل في علوها على الطريق وله باب في الدار، وكذا الكنيف إذا كان بابه في الدار. ولو حلف لا يدخل بلخ أو مدينة كذا فعلى العمران، بخلاف كورة بخارى أو رستاق، كذا إذ دخل أرضها حنث. والفتوى في زماننا أن كورة بخارى على العمران، وعلى هذا القياس إذا حلف لا يدخل كورة مصر وهو بالشام فبدخول العريش يحنث، وعلى الحمل على العمران لا يحنث حتى يدخلها، ولو حلف لا يدخل بغداد فمرّ بها في سفينة بدجلة عند محمد يحنث، وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى. ولو حلف لا يدخل الفرات فدخلت سفينته في الفرات أو دخل جسراً لا يحنث. ولو قال: إن وضعت قدمي في دار فلان فكذا فوضع إحدى رجليه فيها لا يحنث على جواب الرواية لأن وضع القدم هنا مجاز عن الدخول ولا يحنث في الحلف لا يدخل بوضع إحدى رجليه. ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فهدم ثم بنى مسجداً فدخله يحنث كالدار. ولو حلف لا يدخل سكة فلان فدخل مسجداً فيها ولم يدخلها يحنث في المختار. قال في مجموع النوازل: هذا إذا لم يكن للمسجد باب في السكة، وكذا إذا دخل بيتاً في طريق السكة إن كان له باب فيها حنث، وإن كان ظهره فيها وبابه في سكة أخرى لا يحنث، هذا هو الصحيح، ولو كان له بابان باب فيها وباب في غيرها حنث. ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فدخلها من غير بابها لا يحنث، ولو كان لها باب حين حلف فجعل لها باب آخر فدخل منه حنث لأن الحلف على باب منسوب إليها فيستوي القديم والحادث إلا إن عين ذلك الباب في حلفه، ولو نواه ولم يعينه في حلفه لا يدين في القضاء. ولو حلف لا يدخل داراً فدخل قناة حتى صار تحتها إن كان لها مفتح في الدار ينتفع به بأن يستقوا منه حنث إذا وصل هناك، وإن كان لا ينتفعون به إنما هو لإضاءة القناة لا يحنث. ولو حلف لا يدخل هذا الفسطاط فقوض وضرب في مكان آخر فدخله حنث قوله: **(ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث)** بالمكث فيها أياماً وهو المراد بالقعود المذكور في الكتاب حتى يدخل بعد خروجه منها استحساناً والقياس أن يحنث بالمكث وإن قصر لأن الدوام له حكم ابتداء الدخول حتى صحت إرادته به: أعني لو حلف لا يدخل هذه الدار ونوى به المكث والقرار فيها صح، حتى لو دخل ابتداء لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى **(وجه الاستحسان أن الدخول)** حقيقة لغة وعرفاً في الانفصال من الخارج إلى الداخل ولا دوام لذلك، فليس الدوام مفهومه ولا جزء مفهومه، وكونه مما يصح أن يراد باللفظ مجازاً لأنه لازم للدخول عادة وإن قل إذ كان الدخول يراد للمكث لا يقتضي الحنث به لأن اليمين لا تنعقد على المعنى المجازي للفظ بل الحقيقي، وكذا لو كان حلف ليدخلنها غداً وهو فيها فمكث حتى مضى الغد حنث لأنه لم يدخلها فيه إذ لم يخرج، ولو نوى بالدخول الإقامة فيه لم يحنث. وعلى هذا قد يقال: ليس هنا قياس في مقابلة الاستحسان فإن القياس الكائن في مقابلته هو ما يتبادر ويتسارع إلى الذهن، ولا يتسارع لأحد من لفظ أدخل معنى استمر مقيماً فيقضي العجب من زفر بقوله بالحنث، وهذه المسئلة عليها

قوله وإذا أغلق الباب يبقى داخلاً وهو مسقف. قوله: (وإن وقف في طاق الباب) ظاهر. وقوله: (وجه الاستحسان) تقريره القول

استحساناً. والقياس أن يحنث لأن الدوام له حكم الابتداء. وجه الاستحسان أن الدخول لا دوام له لأنه انفصال من

الأئمة الأربعة إلا في وجه عند الشافعية كقول زفر. ونظير المسئلة حلف لا يخرج وهو خارج لا يحنث حتى يدخل ثم يخرج، وكذا لا يتزوج وهو متزوج ولا يتطهر وهو متطهر فاستدام النكاح والطهارة لا يحنث، بخلاف المسائل التي ذكرها بقوله: لو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه، وكذا لا يركب هذه الدابة وهو راكبها أو لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فمكث قليلاً حنث، فلو نزع الثوب من ساعته أو نزل أو أخذ في النقلة لم يحنث خلافاً لزفر. أما الأول وهو الحنث بمكثه فلأن هذه الأفاعيل لها دوام بحدوث أمثالها، ولهذا لو قال لها: كلما ركبت دابة فأنت طالق وهي راكبة فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت، فإن مكثت ساعة أخرى كذلك طلقت أخرى، بخلاف ما لو قال: كلما ركبت دابة فركب لزمه طلقة واحدة وإن طال مكثه، لأن لفظ ركبت إذا لم يكن الحالف راكباً يراد به إنشاء الركوب فلا يحنث بالاستمرار وإن كان له حكم الابتداء، بخلاف حلف الراكب لا يركب فإنه يراد به الأعم من ابتداء الفعل وما في حكمه عرفاً، واستوضح على أن هذه الأفعال لها دوام بتجدد أمثالها بقوله: ألا يرى أنه يضرب لها مدة فيقال: ركبت يوماً ولبست يوماً وسكنت شهراً، بخلاف الدخول فإنه لا يقال دخلت يوماً بمعنى ضرب المدة والتوقيت لنفس الدخول، بل يقال: في مجاري الكلام دخلت عليه يوماً مراداً به إما مجرد بيان الظرفية لا التقدير، وإما مطلق الوقت إذا كان لا يمتد فيراد به ما يعم النهار والليل، وذلك أعني عدم ضرب المدة تقديراً للدخول دليل أنه ليس فيه تجدد أمثال يصير به متكرراً ليحنث بحدوث المتكررات فلا يحنث إلا بابتداء الفعل إلا أن ينوي به البقاء، وهذه على عكسه ينعقد بمقتضى مطلق اللفظ على الأعم من الابتداء والبقاء، وأما الابتداء فقط فمحتمله حتى لو أراد بقوله: لا أسكن وأركب وألبس ابتداء الفعل فقط صدق لأنه محتمل كلامه فلا يحنث باستمراره ساكناً وراكباً. وفرّع بعض أهل العلم على كون هذه لها تجدد أمثال يصير بها في معنى الابتداء أنه لو حلف وهو لابس ليلبس هذا الثوب غدا واستمر لابسه حتى مضى الغد لا يحنث بمنزلة ما لو نزعه ثم لبسه في الغد، ثم إنه إنما يحنث بتأخير ساعة إذا أمكنه النقل فيها، فأما إذا لم يقدر بأن كان بعذر الليل وخوف اللص أو منع ذي السلطان أو عدم موضع ينتقل إليه حينئذ أو أغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه أو كان شريفاً أو ضعيفاً لا يقدر على حمل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقلها لا يحنث ويلحق ذلك الوقت بالعدم للعذر، وأورد ما ذكر الفضلي فيمن قال إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فهي طالق فقيد أو منع من الخروج حنث، وكذا إذا قال لامرأته: وهي في منزل أبيها إن لم تحضري الليلة منزلي فطالق فمنعها أبوها حنث. أجيب بالفرق بين كون المحلوف عليه عدماً فيحنث بتحققه كيفما كان لأن العدم لا يتوقف على الاختيار وكونه فعلاً فيتوقف عليه كالسكنى لأن المعقود عليه الاختياري وينعدم بعدمه فيصير مسكناً لا ساكناً فلم يتحقق شرط الحنث، وسنذكره في فروع ونوضح الوجه بأتم إن شاء الله، وكذا لو بقي أياماً في طلب مسكن وترك الأمتعة والأهل في هذه الأيام لا يحنث في الصحيح لأن طلب المنزل من عمل النقل وصار مدة الطلب مستثناة إذا لم يفرط في الطلب، وهذا إذا خرج من ساعته في طلب المنزل. ولو أخذ في النقلة شيئاً فشيئاً، فإن كانت النقلات لا تفتر لا يحنث، ولو أمكنه أن يستأجر من ينقل متاعه في يوم ليس عليه ذلك ولا يلزمه النقل بأسرع الوجوه بل بقدر ما يسمى ناقلاً في العرف. وأما الثاني فوجه قول زفر: رحمه الله إن

بالموجب: يعني سلمنا أن للدوام حكم الابتداء لكن فيما له دوام، والدخول لا دوام له لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل وليس له دوام، وإطلاق الانتقال بدل الانفصال أولى لكونه حركة أبنية تسمى نقلة. وقوله: (ولو حلف لا يلبس هذا الثوب) ظاهر. وقول

قوله: (والدخول لا دوام له إلى قوله وإطلاق الانتقال بدل الانفصال أولى إلخ) أقول: بل ما ذكره المصنف أولى حيث يخرج عنه ما إذا وضع إحدى رجليه في الداخل والأخرى في الخارج بخلاف ما قاله فليتأمل.

الخارج إلى الداخل (ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث) وكذا إذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث، وكذا لو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته. وقال زفر: يحنث لوجود الشرط وإن قلّ. ولنا أن اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه (فإن لبث على حاله ساعة حنث) لأن هذه الأفاعيل لها دوام بحدوث أمثالها؛ ألا يرى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت يوماً ولبست يوماً بخلاف الدخول لأنه لا يقال دخلت يوماً بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لأنه محتمل كلامه.

الحنث قد وجد بما وجد من القدر اليسير من السكنى والركوب واللبس. ولنا أن اليمين تعقد للبرّ لا للحنث ابتداء وإن وجب الحنث في بعض الأوقات، وإذا كان المقصود من اليمين وضعا البر وجب استثناء مقدار ما يحققه من الزمان وهو قدر ما يمكنه فيه النزول والنقلة والنزع قوله: (ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج هو وترك متاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع حنث) وهذه المسئلة فرع التي قبلها، لما كان بالأخذ في النقلة من ساعته يبرّ ذكر معنى النقلة التي بها يتحقق البرّ، فبين أنه لا بد في كونه منتقلاً من الدار من نقل الأهل والمال، وكذا الحلف على أن لا يسكن في هذه المحلة أو السكة لو خرج بنفسه عازماً على عدم العود أبداً حنث، وإن خرج على عزم أن يرسل من ينقلهم لأنه يعد المتأهل ساكناً بمحل سكنى أهله وماله عرفاً. واستشهد للعرف بأن السوقي عامة نهاره في السوق بحيث لا يخرج عنه إلا ليلاً أو بعض الليل أيضاً ويقول أنا ساكن في محلة كذا وذلك لقرار أهله وماله بها، وبهذا القول قال أحمد ومالك، وعند الشافعي لا يحنث إذا خرج بنية التحويل. قيل: وهذا الخلاف بيننا وبينه مبني على أن العبرة عنده لحقيقة اللفظ، ولا تعتبر العادة بخلافها وهو إذا خرج بنية عدم العود فقد انتقل، إذ لا شك في أنه بنفسه انتقل. وعندنا العبرة للعادة لطروها على الحقيقة، والحالف يريد ذلك ظاهراً فيحمل كلامه عليه. والعادة أن من كان أهله بمكان ببلدة هو بها فهو ساكن فيه عملاً بالعرف فبنى اللفظ عليه، وهذا إذا كان الحالف مستقلاً بسكناه قائماً على عياله، فإن كان سكناه تبعاً كابن كبير ساكن مع أبيه أو امرأة مع زوجها. فلو حلف أحدهما لا يسكن هذه فخرج بنفسه وترك أهله وماله وهي زوجها ومالها لا يحنث، وقيده الفقيه أبو الليث أيضاً بأن يكون حلفه بالعربية، فلو عقد بالفارسية لا يحنث إذا خرج بنفسه وترك أهله وماله وإن كان مستقلاً بسكناه. نعم لقائل أن ينظر فيما استشهد به للعرف وذلك أن السوقي إنما يقول: أنا ساكن في محلة كذا وهو على نية العود فلا يكون دليلاً على ثبوت السكنى فيما إذا خرج عازماً على عدم العود كما هي صورة

زفر قياس وقولهم استحسان. وحاصل كلامه أن الأفعال على ضربين ضرب يقبل الامتداد وضرب لا يقبله والفاصل بينهما قبول التأقيت وعدمه فما قبل التأقيت قبل الامتداد وما لا فلا. والاستدامة على الممتد بمنزلة الإنشاء قال الله تعالى ﴿فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين﴾ أي فلا تمكث قاعداً لأنه ﷺ كان يعظ الناس قاعداً، وعلى هذا قالوا إذا قال لهما كلما ركبت فأنت طالق فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت، وإن مكثت مثلها طلقت أخرى لأن للدوام حكم الابتداء، وكلمة كلما تعم الأفعال فيتكرر الجزاء بتكرر الشرط. ونوقض بما لو قال كلما ركبت دابة فعليّ أن أتصدق بدرهم فركب دابة فعليه درهم وإن طال مكثه في الركوب، ولو كان ما ذكرتم صحيحاً للزمه أكثر من ذلك. وأجيب بأن الاستدامة فيما يمتد بمنزلة الإنشاء إذا لم يكن الإنشاء الخالص مراداً، ولهذا قلنا في هذا الفصل إذا كان راكباً وقت اليمين لزمه في كل وقت يمكنه النزول والركوب درهم لكون الإنشاء الخالص غير مراد، وإنما قال بمعنى المدة والتوقيت احترازاً عما يقال في مجاري كلامهم دخلت يوماً وخرجت يوماً ولكن لا بمعنى المدة والتوقيت. وقوله: (ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لأنه محتمل كلامه) سماه محتملاً وإن كان قوله لا يركب حقيقة

قال المصنف: (ولنا أن اليمين تعقد للبر ويستثنى منه زمان تحقيقه) أقول: قوله منه: أي من اليمين على تأويل الحلف فتركت الحقيقة بدلالة معنى يرجع إلى المتكلم. وقوله: (زمان تحقيقه) يعني زمان النزع والنزول والنقلة.

قال: (ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع إليها حنث) لأنه يعد ساكنها ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفاً، فإن السوقي عامة نهاره في السوق ويقول أسكن سكة كذا، والبيت والمحلة بمنزلة الدار، ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البرّ على نقل المتاع والأهل فيما روي عن أبي يوسف رحمه الله لأنه لا يعد ساكناً في الذي انتقل عنه عرفاً، بخلاف الأول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب. ثم قال أبو حنيفة رحمه الله: لا بد

المسئلة، فالوجه ترك خصوص هذا الشاهد ويدعى أن العرف على أنه ساكن ما لم ينقل أهله وماله حتى إنه يقال: بعد خروجه كذلك فلان يريد أن ينتقل عن مسكنه ولكن لم ينتقل بعد قوله: (ولو كان اليمين على المصر إلى آخره) ما تقدم كان فيما إذا حلف لا يسكن هذه الدار ومثله البيت والسكة والمحلة وهي تسمى في عرفنا الحارة، فلو كان حلف لا يسكن هذا المصر أو هذه المدينة قال: لا يتوقف البرّ على نقل المتاع والأهل فيما روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، نقله الفقيه أبو الليث عن أمالي أبي يوسف رحمه الله لأنه لا يعد ساكناً في المصر الذي انتقل عنه بنفسه وإن ترك أهله وماله عرفا فلا يقال لمن أهله بالبصرة وماله وهو بنفسه قاطن بالكوفة هو ساكن بالبصرة (والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب) فلو حلف لا يسكن هذه القرية أو البلدة وهي قرية فانتقل إلى قرية أخرى وترك أهله وماله في الأولى لا يحنث، وقوله: في الصحيح احتراز عمن قال: هي كما لو حلف لا يسكن الدار فيحنث قوله: (ثم قال أبو حنيفة لا بد) في كونه انتقل من الدار وما شاكلها مما ذكرنا (من نقل كل المتاع، حتى لو بقي وتد ونحوه يحنث لأن السكنى من الحالف تثبت بالكل فتبقي ما بقي منه شيء) في المبسوط: وهذا أصل لأبي حنيفة حتى جعل صفة السكون في العصير مانعاً من أن يكون خمراً، وبقاء مسلم واحد منا في بلدة ارتد أهلها مانعاً من أن تصير دار حرب إلا أن مشايخنا قالوا: هذا إذا كان الباقي يتأتى به السكنى، وأما بقاء مكنسة أو وتد أو قطعة حصير لا يبقى فيها ساكناً فلا يحنث. وحقيقة وجه دفعه أن قوله: السكنى تثبت بالكل إن أراد أن مجموع الكل هو العلة في سكناه مع انقطاع نفسه إلى القرار في المكان منعناه، وإلا لزم أنه لو سرق بعض تلك الأمتعة انتفت السكنى فعلم أن السكنى تثبت مع الكل باتفاق الحال فإنما هي منوطة في العرف بقراره على وجه الانقطاع إليه مع ما يتأتى به دفع الحاجات الكائنة في السكنى فكانت السكنى ثابتة مع الكل وبدون الكل، على أن الكلام هنا باعتبار العرف والعرف يعدّ من خرج لا يريد العود ونقل أهله وبعض ماله يريد أن ينقله بعد ذلك أو تركه لتفاهته وعدم الالتفات إليه تاركاً لسكنى ذلك المكان وقال أبو يوسف: (يعتبر في البر نقل الأكثر لأن نقل الكل قد يتعذر) بأن يغفل عن شيء كإبرة في شق حائط أو يتعسر وقال محمد: (يعتبر في البر نقل ما يقوم به كدخدائيته) أي سكناه فيما انتقل إليه (لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى) إذ ليس

في الابتداء لانه حقيقة فيه إذا لم يكن راكباً، واما إذا كان راكبا فالابتداء من محتملاته. وقوله: (ومن حلف لا يسكن هذه الدار) يعني وهو متأهل بدليل قوله فخرج ومتاعه وأهله فيها. وفيه إشارة إلى أنه لو لم يكن متأهلاً بل هو ممن يعوله غيره فخرج بنفسه لم يحنث؛ والمتأهل إذا حلف، فأما إن حلف على الدار أو المصر أو القرية، فإن كان الأوّل فلا بد من نقل أهله ومتاعه، وإن كان الثاني يكتفي بنقله إلى مصر آخر على ما روى عن أبي يوسف، وإن كان الثالث فقد اختلف المشايخ فيه حملها بعضهم على الدار وبعضهم على المصر وهو الصحيح، والحاكم في ذلك العرف ليس إلا. ثم اختلفوا في كيفية النقل على ما ذكر في الكتاب. واعترض على قول أبي حنيفة بأن سكناه كان بجميع ما كان معه من الأهل والمتاع، فإذا أخرج بعضه انتفى سكناه لأن الكل ينتفي بانتفاء البعض. وأجيب بأن الكل ينتفي بانتفاء جزء حقيقي لا اعتباري، وما ذكرتم ليس كذلك. (وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبرّ) وقال في الشافي: إن لم يمكنه النقل من ساعته بعذر الليل أو بمنع ذي سلطان أو عدم موضع آخر ينتقل إليه لم يحنث لأن حالة الضرورة مستثناة خلافاً لزفر، وكذلك لو سدّ عليه الباب فلم يقدر على النقلة أو كان شريفاً أو ضعيفاً لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد أحداً ينقلها لم يحنث حتى يجد من ينقلها ويلحق الموجود بالمعدوم للعذار. ونوقض بما ذكره الشيخ

قوله: (فخرج بنفسه) أقول: وترك المتاع.
قوله: (بانتفاء جزء حقيقي لا اعتباري) أقول: كالقراءة في الصلاة.

من نقل كل المتاع، حتى لو بقي وتد يحنث لأن السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه. وقال أبو يوسف رحمة الله تعالى عليه. يعتبر نقل الأكثر لأن نقل الكل قد يتعذر. وقال محمد رحمة الله تعالى عليه: يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى. قالوا: هذا أحسن وأرفق بالناس وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبرّ، فإن انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قالوا لا يبرّ، دليله في الزيادات أن من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطناً آخر يبقى وطنه الأول في حق الصلاة كذا هذا، والله تعالى أعلم بالصواب.

من حاجتها. قال المصنف: رحمه الله قالوا: (هذا أحسن وأرفق بالناس في نفي الحنث) عنهم، ومنهم من صرح بأن الفتوى عليه، وكثير منهم كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافي على أن الفتوى على قول أبي يوسف، ولا شك أن المدار هنا ليس على نقل الكل ليقوم الأكثر مقامه بل على العرف في أنه ساكن أولاً. والحق أن من خرج على نية ترك المكان وعدم العود إله ونقل من أمتعته فيه ما يقوم به أمر سكناه وهو على نية قفل الباقي يقال: ليس ساكناً في هذا المكان بل انتقل عنه وسكن في المكان الفلاني، وهذا الخلاف في نقل الأمتعة أما الأهل فلا بد في البرّ من نقلهم كلهم اتفاقاً قوله: (وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر حتى يبرّ) بالاتفاق، فإنه لو انتقل إلى السكة أو المسجد لم يبرّ بالاتفاق فإنهم اختلفوا قيل: يحنث وعليه اقتصر نقل المصنف استدلالاً بما في الزيادات. كوفي نقل عياله إلى مكة ليتوطن فلما توطن بمكة بدا له أن يرجع إلى خراسان فمرّ بالكوفة يصلي بها ركعتين لأن وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة، وإن بدا له في الطريق قبل أن يدخل إلى مكة صلى بالكوفة ماراً عليها أربعاً لأن وطنه الأول بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطناً آخر، فكذا هنا يبقى وطنه الأول ما لم يتخذ وطناً آخر. وقيل لا يحنث لأنه لم يبق ساكناً. وقال أبو الليث: إن سلم داره بإجارة أو رد المستأجرة إلى المؤاجر لا يحنث وإن لم يتخذ داراً أخرى، وإطلاق عدم الحنث أوجه، وكون وطنه باقياً في حق إتمام الصلاة ما لم يستوطن غيره لا يستلزم تسميته ساكناً عرفاً بذلك المكان بل يقطع من العرف فيمن نقل أهله وأمتعته وخرج مسافراً أن لا يقال: فيه إنه ساكن في تلك الحال بل يقال: فيه حال السفر انتقل عن سكنى هذا المكان وهو قاصد سكنى كذا، وإذا لم يتحرر له قصد مكان معين قيل: هو الآن غير ساكن في مكان حتى ينظرأين يسكن، وإذا ثبت نفي تلك السكنى ثبت البرّ، والله تعالى أعلم.

الإمام أبو بكر محمد بن الفضل أن من قال إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج يحنث، وكذا لو قال لامرأته وهي في منزل والدها إن لم تحضري الليلة منزلي فأنت طالق فمنعها الوالد عن الحضور حنث. وأجيب بأن في مسئلة الكتاب شرط الحنث السكنى، وأنه فعل وجودي لا يحصل بدون الاختيار، ولا يحصل الاختيار مع وجود الموانع المذكورة، وأما في صورة النقض فشرط الحنث عدم الخروج والعدم لا يحتاج إلى اختيار (فإن انتقل إلى السكة أو المسجد قالوا: لا يبرّ) وقيل يبرّ لأنه لم يبق ساكناً، ودليل الأول ما ذكرناه في الزيادات أن من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطناً آخر يبقى وطنه الأول في حق الصلاة كذا هذا. وصورته: كوفي نقل عياله إلى مكة ليتوطن بها فلما دخلها وتوطن بها بدا له أن يرجع إلى خراسان فمرّ بالكوفة فإنه يصلي بها ركعتين لأن وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة، وإن بدا له في الطريق قبل أن يدخل مكة أن لا يستوطن مكة ويرجع إلى خراسان فمرّ بالكوفة فإن يصلي بالكوفة أربعاً لأن وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطناً آخر، فكذا هذا. وفي بعض الشراح قوله قالوا لا يبرّ معناه إذا لم يكن في طلب مسكن آخر، أما إذا كان وبقي على ذلك أياماً فلا يحنث في الصحيح وإن لم ينتقل إلى السكة أو المسجد لأنه لا يمكنه طرح الأمتعة في السكة فيصير ذلك القدر مستثنى للضرورة، والله أعلم.

قوله: (بعذر الليل) أقول: إذا كانت اليمين في جوف الليل قوله: (أو بمنع ذي سلطان إلخ) أقول: فيه بحث لمخالفته لما مر من قوله ومن فعل المحلوف عليه ناسياً أو مكرهاً فهو سواء لأن الفعل الحقيقي لا ينعدم بالإكراه وهو الشرط فتأمل في جوابه قوله: (ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر) أقول: منقوض بفعل المغمى عليه وقد سبق أنه يحنث قوله: (شرط الحنث السكنى وأنه فعل وجودي) أقول: لأن السكنى هي الكون على ما مر والأكوان بديهية الوجود عند المتكلمين.

باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك

قال: (ومن حلف لا يخرج من المسجد فأمر إنساناً فحمله فأخرجه حنث) لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر فصار كما إذا ركب دابة فخرجت (ولو أخرجه مكرهاً لم يحنث) لأن الفعل لم ينتقل إليه لعدم الأمر (ولو حمله برضاه لا

باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك

الخروج مقابل للدخول فناسب إعقابه به، ويعقب الخروج الركوب ثم الرجوع وهو الإتيان، فلما ارتبطت أوردها في باب الخروج قوله: (ومن حلف لا يخرج من المسجد) أو الدار أو البيت أو غير ذلك فأمر إنساناً فحمله فأخرجه حنث لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر فصار كما لو ركب دابة فخرجت به فإنه يحنث، لأن فعل الدابة مضاف إليه كذا هذا، ولو أخرجه مكرهاً لم يحنث لأن الفعل وهو الخروج لم ينتقل إلى الحالف لعدم الأمر وهو الموجب للنقل، والمراد من الإخراج مكرهاً هنا أن يحمله ويخرجه كارهاً لذلك لا الإكراه المعروف، وهو أن يتوعده حتى يفعل، فإنه إذا توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف أن الإكراه لا يعدم الفعل عندنا، ونظيره ما لو حلف لا يأكل هذا الطعام فأكره عليه حتى أكله حنث. ولو أوجر في حلقه لا يحنث، ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث في الصحيح. وقيل: يحنث لأنه لما كان يقدر على الامتناع فلم يفعل صار كالآمر. وجه الصحيح أن الانتقال بالأمر لا بمجرد الرضا ولم يوجد الأمر ولا الفعل منه فلا ينسب الفعل إليه، ولو قيل: قصر الانتقال على الآمر محل النزاع لأن من يقول: يحنث يجعل الرضا أيضاً فلا دفع بفرع اتفاقي، وهو ما إذا أمره أن يتلف ماله ففعل لا يضمن المتلف لانتساب الإتلاف إليه بالأمر، فلو أتلفه وهو ساكت ينظر فلم ينهه ضمن من غير تفصيل لأحد بين كونه راضياً أو لا، ثم إذا لم يحنث بإخراجه محمولاً لإنسان أو بهبوب ريح حملته هل تنحل اليمين؟ قال السيد أبو شجاع: تنحل وهو أرفق بالناس. وقال غيره من المشايخ: لا تنحل وهو الصحيح. ذكره التمرتاشي وقاضيخان. وذلك لأنه إنما لا يحنث لانقطاع نسبة الفعل إليه، وإذا لم يوجد منه المحلوف عليه كيف تنحل اليمين فبقيت على حالها في الذمة، ويظهر أثر هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الإخراج هل يحنث؟ فمن قال: انحلت قال: لا يحنث، وهذا بيان كونه أرفق بالناس، ومن قال: لم تنحل قال: حنث ووجبت

باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك

ذكر الخروج ههنا ظاهر التناسب لأن له مناسبة المضادة بالدخول، وأما الإتيان والركوب فما يتحقق بعد الخروج فاستصحبهما ذكر الخروج. قوله: (ومن حلف لا يخرج من المسجد) ظاهر، وكذلك الحكم في الدار والبيت. وقوله: (ولو أخرجه مكرهاً) صورته أن يحمله إنسان فيخرجه مكرهاً لأنه حينئذ لم يوجد منه الفعل لا حقيقة ولا حكماً، وأما إذا هدده غيره فخرج خوفاً من المكره فإنه يحنث لوجود الفعل منه، ثم هل تنحل، اليمين إذا حمل مكرهاً، قيل تنحل كما لو حلف لا يدخل دار فلان فهبت به الريح وألقته فيها لم يحنث وانحلت اليمين، وقيل لا تنحل وهو الصحيح. وقوله: (في الصحيح) احتراز عن قول بعض المشايخ فإنهم قالوا إنه يحنث لما أنه لما كان متمكناً من الامتناع فلم يمتنع صار كالآمر بالإخراج. وقوله: (والمضيّ بعد ذلك ليس بخروج) يعني أن الخروج عبارة عن الانتقال من الداخل إلى الخارج ولو يوجد. وقوله: (ولو حلف لا يخرج إلى مكة) ههنا ثلاثة ألفاظ: الخروج والإتيان والذهاب والأول شرط الحنث به الانفصال بمجاوزة عمران مصره قاصداً لذلك دون

باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك

قوله: (وقيل لا تنحل إلخ) أقول: لو حلف لا أشرب الخمر فصبت في حلقه إكراهاً هل تنحل يمينه حتى لو شرب بعده طوعاً هل يحنث؟ ينبغي أن يكون على هذا الخلاف، والمذكور في الفتاوى أنه يحنث.

بأمره لا يحنث) في الصحيح، لأن الانتقال بالأمر لا بمجرد الرضا. قال: (ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة فخرج إليها ثم أتى حاجة أخرى لم يحنث) لأن الموجود خروج مستثنى، والمضيّ بعد ذلك ليس بخروج (ولو حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث) لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط، إذ الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج (ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها) لأنه عبارة عن الوصول، قال الله تعالى: ﴿فأتيا فرعون فقولا﴾ ولو حلف لا يذهب إليها قيل هو كالإتيان، وقيل هو كالخروج وهو الأصح لأنه عبارة عن الزوال (وإن حلف

الكفارة وهو الصحيح قوله: (ومن حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة) ونحوه فخرج إلى جنازة ثم ذهب إلى حاجات له أخرى لم يحنث لأن الخروج الموجود منه إلى الجنازة مستثنى من الخروج المحلوف عليه، والمضي بعد ذلك ليس بخروج لأنه ليس إلا الانفصال من الباطن إلى الظاهر والذهاب ليس كذلك قوله: (ولو حلف لا يخرج إلى مكة) أو دار فلان فخرج مريداً مكة أو دار فلان ثم بدا له فرجع قبل أن يصل حنث، وهذا لأن الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج وقد وجد بقصد. مكة وهو المحلوف على عدمه فيحنث به رجع أو لم يرجع. ومقتضى هذا أن يحنث إذا رجع وإن لم يجاوز عمران مصره وقد قالوا: إنما يحنث إذا جاوز عمرانه على قصدها كأنه ضمن لفظ أخرج معنى أسافر للعلم بأن المضي إليها سفر لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغي أن يحنث بمجرد انفصاله من الداخل قوله: (ولو حلف لا يأتيها) فخرج يقصدها (لم يحنث حتى يدخلها لأن الإتيان عبارة عن الوصول، قال تعالى ﴿فأتيا فرعون فقولا﴾ [الشعراء ١١] ولو حلف لا يذهب إليها قيل هو كالإتيان) فلا يحنث حتى يدخلها وهو قول نصير، قال تعالى ﴿اذهبا إلى فرعون﴾ [طه ٤٣] والمراد الوصول إليه وتبليغه الرسالة (وقيل الذهاب كالخروج) وهو قول محمد بن سلمة واختاره فخر الإسلام. قال المصنف: (وهو الأصح) قال تعالى ﴿ليذهب عنكم الرجس﴾ [الأحزاب ٣٣] أي يزيله، فبمجرد تحقق الزوال تحقق الحنث، وكونه استعمل مراداً به الوصول في ﴿اذهبا إلى فرعون﴾ [طه ٤٣] لا يدل على أنه لازم في استعمالاته، غاية الأمر أن يكون صادقاً مع الوصول ومع عدمه فيكون للقدر المشترك بين الخروج بلا وصول والخروج المتصل به وصول، فلا يتعين أحدهما لتحقق المسمى بمجرد الانفصال، وهذا إذا لم ينو بالذهاب شيئاً، ولو نوى به الخروج أو الإتيان صحت نيته. ثم في الخروج والذهاب إليه يشترط للحنث الخروج عن قصد، وفي الإتيان إليه لا يشترط القصد للحنث، بل إذا وصل إليه حنث قصد أو لم يقصد، كذا في جامع قاضيخان والفوائد الظهيرية قوله: (وإن حلف ليأتين البصرة) هذا ونحوه من الأفعال المستقبلة إذا حلف على أن يفعلها في المستقبل، فإما أن يطلقها أو يؤقتها بوقت مثل لأفعلن غداً أو فيما بيني وبين يوم الجمعة، ففي المطلقة مثل ليضربن زيداً أو ليعطين فلاناً أو ليطلقن زوجته لم يحنث حتى يقع اليأس عن البرّ لأن اليمين تبقى ما أمكن البرّ، وحيث لم يقيد اليمين بوقت يفوت البرّ بفواته لم تسقط اليمين ولم يلزم انحلالها فتبقى إلى أن يقع اليأس عن البرّ فيحكم حينئذ بالحنث، ولا يقع اليأس إلا في آخر جزء من أجزاء الحياة، فإن كان الحلف بطلاقها ليفعلن ولم يفعل حنث بموت أحدهما، ولا فرق في ذلك بين

الوصول، قال الله تعالى ﴿ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله ورسوله﴾ وأراد به الانفصال. والثاني شرطه الوصول قال الله تعالى ﴿فأتيا فرعون﴾ فإذا وصل حنث سواء كان قاصداً أو لم يكن. والثالث اختلف فيه المشايخ قال نصير بن يحيى هو بمنزلة الإتيان لقوله تعالى ﴿اذهبا إلى فرعون﴾ والمراد به الإتيان. وقال محمد بن سلمة: هو بمنزلة الخروج، قال الله تعالى ﴿إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس﴾ والإذهاب الإزالة، فيكون الذهاب زوالاً فلا يشترط فيه الوصول. قال المصنف: (وهو الأصح لأنه عبارة عن الزوال. ولو حلف ليأتينه غداً إن استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة) اعلم أن الاستطاعة تطلق على معنيين: أحدهما صحة الأسباب والآلات قال الله تعالى ﴿ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً﴾ وفسره رسول الله ﷺ بالزاد والراحلة. والثاني القدرة الحقيقية وهي نوع على حدة يترتب عليها الفعل عند إرادته إرادة جازمة يخلقه الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا، قال الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا، قال الله تعالى ﴿ما كانوا يستطيعون السمع﴾ إذا عرفت هذا ففيما نحن فيه كلامه

ليأتينّ البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من أجزاء حياته) لأن البرّ قبل ذلك مرجوّ (ولو حلف ليأتينه غداً إن استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة، وفسره في الجامع الصغير وقال: إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجيء أمر لا يقدر على إتيانه فلم يأته حنث، وإن عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى) وهذا لأن حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الأسباب في المتعارف، فعند الإطلاق ينصرف إليه وتصح نية الأول ديانة لأنه نوى حقيقة كلامه ثم قيل وتصح قضاء أيضاً لما بينا، وقيل لا تصح لأنه خلاف الظاهر

موته وموتها في الصحيح وتقدمت هذه في الطلاق، وفي المقيدة تتعلق بآخر الوقت، فلومات قبل مضيّ الوقت ولم يفعل لم يحنث، فإذا قال: إن لم أفعل كذا غدا فعبدي حرّ فمات قبل الغروب ولم يفعل لا يعتق عبده قوله: (ولو حلف) أي بالله أو بطلاق أو عتاق (ليأتينه غداً إن استطاع) وصورته في التعليق أن يقول: امرأتي طالق إن لم آتك غداً أن استطعت، ولا نية له تصرف الاستطاعة إلى سلامة آلات الفعل المحلوف عليه وصحة أسبابه لأنه هو المتعارف فعند الإطلاق ينصرف إليه، وهذا ما أراد بقوله: استطاعة الصحة دون الاستطاعة التي هي القدرة التي لا تسبق الفعل بل تخلق معه بلا تأثير لها فيه لأن أفعال العباد مخلوقة لله تعالى، ولو أراد هذه بقوله: أن استطعت صحت إرادتها، فإذا لم يأته لعذر منه أو لغير عذر لا يحنث كأنه قال: لآتينك إن خلق الله تعالى إتياني أو إلا أن لا يخلق إتياني، وهو إذا لم يأت لم يخلق إتيانه ولا استطاعة الإتيان المقارنة وإلا لأتى، وإذا صحت إرادتها فهل يصدق ديانة وقضاء أو ديانة فقط؟ قيل: يصدق ديانة فقط لأنه نوى خلاف الظاهر، وهو قول الرازي، وقيل: ديانة وقضاء لأنه نوى حقيقة كلامه إذا كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين. والأول أوجه لأنه وإن كان مشتركاً بينهما لكن تعورف استعماله عند الإطلاق عن القرينة لأحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة أسبابه فصار ظاهراً فيه بخصوصه فلا يصدقه القاضي في خلاف الظاهر قوله: (ومن حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث) ولا بد من الإذن في كل خروج، ومثله إن خرجت إلا بقناع ونحوه، لأن المستثنى في قوله: إلا بإذني خروج مقرون بالإذن، فما وراء ذلك الخروج الملصق بالإذن داخل في الخطر العام، وهو النكرة المؤولة من الفعل في سياق النفيْ، فإن المعنى لا تخرجي خروجاً إلا خروجاً بإذني، وطريق إسقاط هذا الإذن أن يقول: كلما أردت الخروج فقد أذنت لك فإن قال: ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. وجه قول محمد: أنه لو أذن لها مرة ثم نهى عمل نهيه اتفاقاً فكذا بعد الإذن العام. ولأبي يوسف أنه إنما عمل نهيه بعد المرة لأنه مفيد لبقاء اليمين بعده. بخلاف النهي بعد الإذن العام لأنه لا يفيد لارتفاع اليمين بالإذن العام. ولو أذن لها إذناً غير مسموع لم يكن إذناً في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: هو إذن لأنه لم يفصل بين المسموع وغيره. ولهما أن الإذن إنما سمي إذناً لكونه معلماً أو لوقوعه في الإذن ولو يوجد، ثم انعقاد اليمين على الإذن في قوله: إن خرجت إلا بإذني فأنت

ينصرف إلى الأول لأنه هو المتعارف، وإن عنى الثاني وقد عبر عنه باستطاعة القضاء صدق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى أي أراد حقيقة كلامه. وقيل يصدق قضاء أيضاً لما بينا أنه نوى حقيقة كلامه. وقيل لا يصح قضاء لأنه خلاف الظاهر، لما بينا أن الأول هو المتعارف وفيه تخفيف على نفسه. (ولو حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه احتاج إلى الإذن لكل خرجة) حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بلا إذن حنث لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن، لأن تقديره والله لا تخرجي إلا خروجاً ملصقاً بإذني لأن الباء للإلصاق فيقتضي ملصقاً وملصقاً به فيكون ما وراءه: أي ما وراء المستثنى داخلاً تحت الحظر العام (ولو نوى الإذن مرة صدق

قال المصنف: (ومن حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه) أقول: في البدائع إن أراد بقوله إلا بإذني مرة واحدة يدين فيما بينه وبين الله تعالى، وفي القضاء في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، ويروى عنه أنه لا يدين في القضاء اهـ. وصرح بأن الأول هو ظاهر الرواية، وفي غاية البيان تفصيل متعلق بهذا المقام فراجعه قوله: (لأن تقديره والله لا تخرجي إلخ) أقول: هذا مما لا معنى له قوله: (فيقتضي ملصقاً وملصقاً به) أقول: يعني يقتضي ملصقاً وهو الخروج ويقتضي ملصقاً به وهو الإذن.

(ومن حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث ولا بد من الإذن في كل خروج) لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن، وما وراءه داخل في الحظر العام. ولو نوى الإذن مرة يصدّق ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر (ولو قال إلا أن آذن لك فأذن لها مرة واحدة فخرجت ثم خرجت بعدها بغير إذنه

طالق، أو والله لا تخرجين إلا بإذني مقيد ببقاء النكاح، لأن الإذن إنما يصح لمن له المنع وهو مثل السلطان إذا حلف إنساناً ليرفعن إليه خبر كل داعر في المدينة كان على مدة ولايته، فلو أبانها ثم تزوجها فخرجت بلا إذن لا تطلق، وإن كان زوال الملك لا يبطل اليمين عندنا لأنها لم تنعقد على مدة بقاء النكاح. ولو نوى الإذن مرة واحدة باللفظ المذكور يصدق ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر فلذا لا يصدق القاضي، أما إنه خلاف الظاهر. فظاهر مما قررناه، وأما إنه محتمل كلامه فلأن الإذن مرة موجب الغاية في قوله: لا تخرجي حتى آذن لك، وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث أن حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية مخالف لما قبلهما، فيستعار إلا بإذني لمعنى حتى آذن وفي حتى آذن تنحل بمرة واحدة. وقد بحث بعضهم في حتى أنها أيضاً توجب التكرار، واستدل بقوله: تعالى ﴿حتى تستأنسوا﴾ [النور ٢٧] ﴿فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم﴾ [النور ٢٨] ونحن نقول: إن قام الإجماع على أن التكرار يراد فلا نزاع، وإنما الكلام في أنه هل هو مؤدى اللفظ فقلنا: لا، فإنه إذا قال: حتى آذن لك يكون قد جعل النهي عن الخروج مطلقاً مغياً بوجود ما هو إذن، وبمرة واحدة من الإذن يتحقق ما هو إذن فيتحقق غاية النهي فيزول المنع المضاف إلى اللفظ، فإن كان منع آخر فبغيره من دليل آخر أو علم أنه أريد به خلاف مقتضاه، وظاهر مذهب الشافعي في قوله: إلا بإذني أنه تنتهي اليمين بخرجة واحدة بإذن الزوج أو بغير إذنه فلا تطلق بالخروج بعده بلا إذن. وفي وجه كقولنا: وهو اختيار المزني والقفال قوله: (ولو قال إلا أن آذن لك فأذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث) ونقل عن أحمد لزوم وتكرار الإذن فيه أيضاً مثل إلا بإذني وهو قول الفرّاء لأن المعنى إلا خروجاً بإذني لأن أن والفعل في تأويل المصدر ولا يصح إلا خروجاً إذني فلزم إدارة الباء فصار بإذني. والجواب أنه لا بد من أحد الأمرين، أما ما ذكر من إرادة الباء محذوفة أو ما قلنا من جعلها بمعنى حتى مجازاً: أي حتى آذن لك، وعلى الأوّل يكون كالأوّل، وعلى الثاني ينعقد على إذن واحد، وإذا لزم في إلا أن آذن لك أحد المجازين وجب الراجح منهما، ومجاز غير الحذف أولى من مجاز الحذف عندهم لأنه تصرف في وصف اللفظ، ومجاز الحذف تصرف في ذاته بالإعدام مع الإرادة، ثم هو موافق للاستعمال القرآني، قال تعالى ﴿لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم إلا أن تقطع قلوبهم﴾ [التوبة ١١٠] فإن قيل: قد تحقق بمعنى ما بإضمار الباء أيضاً في قوله تعالى ﴿لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم﴾ (الأحزاب ٥٣] الآية، والثابت

ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه) لكنه خلاف الظاهر لكونه مخالفاً لمقتضى الباء. ولو قال إلا أن آذن لك كفى إذن واحد لما ذكر في الكتاب. واعترض عليه بقوله تعالى ﴿لاتدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم﴾ وكان تكرار الإذن لازماً. وأجيب بأن ذلك بدليل خارجي وهو قوله تعالى ﴿إن ذلكم كان يؤذي النبي﴾ وتمام التقرير فيه ذكرناه في الأنوار والتقرير، ومعنى قوله لأن هذه كلمة غاية: أي كلمة تفيد معنى الغاية لأن إلا أنّ ليس موضوعاً لها بل للاستثناء، وتعذر حمله عليه لأن صدر الكلام ليس من جنس الإذن حتى يستثنى الإذن منه فيجعل مجازاً عن حتى لمناسبة بينهما، وهو أن حكم ما قبل الغاية مخالف لما بعدها، كما أن حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعده. قال: (ولو أرادت المرأة الخروج) صورة المسئلة ظاهرة (وتسمى هذه اليمين يمين فور) رهو في الأصل مصدر فرات القدر إذا غلت، فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا ريب فيها ولا لبث، فقيل جاء فلان وخرج فلان من فوره: أي من ساعته (وتفرّد أبو حنيفة رحمه الله بإظهاره) أي باستنباطه، وكان الناس قبله يعلمون اليمين على نوعين: مؤبدة، ومؤقتة لفظاً. ثم استنبط أبو حنيفة هذا النوع الثالث وهو المؤبد لفظاً والمؤقت معنى، وقد أخذه من حديث جابر

قال المصنف: (إلا أن آذن لك إلخ) أقول: قال الإمام الزيلعي: ولو نوى التعدد بقوله إلا أن آذن لك صدق قضاء لأنه محتمل كلامه وفيه تشديد على نفسه لأن كلمة أن وما دخلت عليه تأويل المصدر فتكون الباء فيه مقدرة فصار كأنه قال: إلا بأن آذن لك، ولأن فيه تغليظاً على نفسه فيصدق اهـ. وفيه احتمال آخر مذكور في شرح الوقاية لصدر الشريعة.

لم يحنث) لأن هذه كلمة غاية فتنتهي اليمين به كما إذا قال حتى آذن لك **(ولو أرادت المرأة الخروج فقال إن خرجت فأنت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث)** وكذلك إذا أراد رجل ضرب عبده فقال له آخر إن ضربته فعبدي حرّ فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين فور. وتفرد أبو حنيفة رحمه الله بإظهاره. ووجهه أن مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة

وجوب تكرار الإذن. أجيب بالمنع، بل وجوب التكرار بغيره من الأدلة الموجبة منع دخول الإنسان بيت غيره فضلاً عن رسول الله ﷺ إلا بإذنه، وكذا كل ما كان مثل هذا وهو كثير مثل **﴿وما تشاؤون إلا أن يشاء الله﴾** [الإنسان ٣٠] **﴿ولا تقولنّ لشيء إني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله﴾** [الكهف ٢٤] **﴿ولكن لا تواعدوهن سرّاً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً﴾**[البقرة ٢٣٥] **﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾** [النساء ٢٩] وغير ذلك فإن كلاً منها يستقل فيه دليل على المنع أو الفعل مع كل متكرر، فإنما يلزم لو لم يكن دليل على التكرار سواه. وقد أجيب أيضاً عن الآية الأولى أن لزوم تكرار الإذن للعلة المنصوصة فيها من قوله تعالى **﴿إن ذلكم كان يؤذي النبي فيستحي منكم﴾** [الأحزاب ٥٣] فألزم بعض المحشين أن يكون كذلك فيما نحن فيه لأن خروج المرأة بغير إذن الزوج مما يؤذي الزوج أيضاً، وهذا ذهول عظيم لأن الثابت بالعلة المنصوصة في قوله تعالى **﴿إن ذلكم كان يؤذي النبي﴾** [الأحزاب ٥٣] المنع الذي هو حكم شرعي، وهو يثبت بالعلل الشرعية، أما هنا فالنظر فيما تنعقد عليه يمين الحالف ويلزم بعدمه الكفارة، وذلك لا يكون إلا باللفظ الناصّ على المحلوف عليه لا بالعلة لو صرّح بها بأن قال: والله لا أشرب ماء العنب المشتد لإسكاره فإنه لو شرب مزراً لا يقول أحد إنه حنث ولزمه كفارة مع أنه لم يحلف عليه، بخلاف ما لو حلف لا يشرب مسكراً، فكيف إذا لم يصرح بها بل استنبطت كما فعل هذا الباحث حيث استنبط أن الزوج يكره خروج زوجته بلا إذن. نعم قد يقال: لا نجد دليلاً يدل على منع كل دخول إلا بإذن، وكل مشيئة للعباد إلا بمشيئة الله تعالى، وكل قول: إني فاعل غداً كذا إلا بقرانه بالمشيئة سوى الأدلة المذكورة خصوصاً في الأخير. ولو فرض الإجماع على ذلك فمستند الإجماع ليس إلا هذه الأدلة. وأقل ما في الباب أن يكون وجود هذا المجاز أكثر والكثرة من أسباب الترجيح، وحينئذ كون غير مجاز الحذف أولى يجب أن يكون في غير ما يكون الحذف فيه مطرداً مستمراً مفهوماً من اللفظ بلا زيادة تأمل. وأنت علمت أن حذف حرف الجر مع أنّ وأن مطرد وهنا لفظان آخران هما إلى أن آذن لك، ويجب أن يسلك به مسلك حتى، وبغير إذني، ويجب فيه تكرار الإذن مثل إلا بإذني لأن المعنى فيهما واحد مع وجود الباء، وهذا كله بخلاف ما لو قال: لا أكلم فلاناً إلا بإذن فلان أو حتى يأذن أو إلا أن يأذن أو إلا أن يقدم فلان أو حتى يقدم، أو قال لرجل: في داره والله لا تخرج إلا بإذني فإنه لا يتكرر اليمين في هذا كله لأن قدوم فلان لا يتكرر عادة، والإذن في الكلام يتناول كل ما يوجد من الكلام بعد الإذن، وكذا خروج الرجل مما لا يتكرر عادة، بخلاف الإذن للزوجة فإنه لا يتناول إلا ذلك الخروج المأذون فيه عادة لا كل خروج، إلا بنص صريح فيه مثل أذنت لك أن تخرجي كلما أردت الخروج ونحوه، فكان الاقتصار في هذا الوجود الصارف عن التكرار، لا لأن العرف في الكل على التفصيل المذكور بل مؤدى اللفظ ما ذكرنا، وثبوت خلافه للصارف العرفي، ثم ذلك المؤدى اللفظي في مثل إن خرجت إلا بإذني، وإلا أن آذن لك لم يقع العرف بخلافه فوجب اعتباره كذلك قوله: **(ولو أرادت المرأة الخروج فقال إن خرجت فأنت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث، وكذلك إذا أراد رجل ضرب عبده فقال له آخر إن ضربته فعبدي حرّ فتركه ثم ضربه، وهذه تسمى يمين الفور، انفرد أبو حنيفة رضي**

وابنه رضي الله عنهما حين دعيا إلى نصرة رجل فحلفا أن لا ينصراه ثم نصراه ولم يحنثا، واعتبر في ذلك العرف فإن الحالف في العادة يقصد بهذا اللفظ منعهما عن الخرجة التي تهيأت لها إلا من الخروج على التأبيد، فإذا عادت فقد تركت تلك الخرجة وانتهت اليمين فلا يحنث بعد ذلك، وإن خرجت والعرف له اعتبار في باب الأيمان؛ وعلى هذا لو أراد الرجل ضرب عبده فقال آخر إن ضربته فعبدي حرّ يتقيد بتلك الضربة، وعلى هذا إذا قال له اجلس تغدّ عندي فقال إن تغديت فعبدي حرّ وكلامه ظاهر. ولو قال إن تغديت اليوم يجعل مبتدئاً لأنه زاد على مقدار الجواب، ففي تطبيقه على السؤال إلغاء الزيادة. فإن قيل: الزيادة لا تضر كونه جواباً للسؤال؛ ألا ترى إلى قوله تعالى **﴿قال هي عصاي أتوكأ عليها وأهش بها على غنمي ولي فيها مآرب أخرى﴾** في جواب

والخرجة عرفاً. ومبنى الأيمان عليه (ولو قال له رجل اجلس فتغدّ عندي قال إن تغديت فعبدي حرّ فخرج فرجع إلى منزله وتغدى لم يحنث) لأن كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف إلى الغداء المدعو إليه، بخلاف ما إذا قال إن تغديت اليوم لأنه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئاً (ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد

الله عنه بإظهارها) وكانت اليمين في عرفهم قسمين: مؤبدة وهي أن يحلف مطلقاً، ومؤقتة وهي أن يحلف أن لا يفعل كذا اليوم أو هذا الشهر. فأخرج أبو حنيفة رضي الله عنه يمين الفور وهي يمين مؤبدة لفظاً مؤقتة معنى تتقيد بالحال، وهي ما يكون جواباً لكلام يتعلق بالحال مثل أن يقال لآخر: تعال تغدّ عندي فيقول: أن تغديت فعبدي حرّ فيتقيد بالحال، فإذا تغدى في يومه في منزله لا يحنث لأنه حين وقع جواباً تضمن إعادة ما في السؤال والمسؤول الغداء الحالي فينصرف الحلف إلى الغداء الحالي لتقع المطابقة فلزم الحال بدلالة الحال، بخلاف ما لو قال: إن تغديت اليوم فإنه يحنث إذا تغدى في منزله من يومه لأنه زاد على الجواب فيعتبر مبتدئاً لا مجيباً فيعمل بظاهر لفظه ويلغى ظاهر الحال، وإلغاؤه أولى من إلغاء لفظ صريح في معناه أو ما يكون بناء على أمر حالي، كامرأة تهيأت للخروج فحلف لا تخرج فإذا جلست ساعة ثم خرجت لا يحنث لأن قصده أن يمنعها من الخروج الذي تهيأت له فكأنه قال: إن خرجت الساعة، ومنه من أراد أن يضرب عبده فحلف عليه لا يضربه، فإذا تركه ساعة بحيث يذهب فور ذلك ثم ضربه لا يحنث لذلك بعينه. وقال زفر: رحمه الله يحنث، وهو قال الشافعي: لأن عقد يمينه على كل غداء وخروج وضرب، فاعتبر الإطلاق اللفظي وهو القياس. وجه الاستحسان ما ذكرنا، والكلام فيما إذا لم يكن للحالف نية قوله: (ومن حلف لا يركب دابة فلان) أعلم أنه إذا حلف لا يركب دابة فلان انعقد على حماره وبغلته وفرسه، فلو ركب جمله أو فيله لم يحنث وإن كان اسم الدابة لما يدبّ على الأرض، لأن العرف خصصه بالمركوب المعتاد والمعتاد هو ركوب هذه الأنواع الثلاثة فيتقيد به، وإن كان الجمل مما يركب أيضاً في الأسفار وبعض الأوقات فلا يحنث بالجمل إلا إذا نواه، وكذا الفيل والبقر إذا نواه حنث وإلا لا. وينبغي إن كان الحالف من البدو أن ينعقد على الجمل أيضاً بلا نية لأن ركوبها معتاد لهم، وكذا إذا كان حضرياً جمالاً والمحلوف على دابته جمال دخل في يمينه بلا نية. وإذا كان مقتضى اللفظ انعقادها على الأنواع الثلاثة، فلو نوى بعضها دون بعض بأن نوى الحمار دون الفرس مثلاً لا يصدق ديانة ولا قضاء، لأن نية الخصوص لا تصح في غير اللفظ، وسيأتي تمامه في الفصل الذي بعده، ولو حمل على دابته مكرهاً لا يحنث على وزان ما تقدم في أول

قوله تعالى ﴿وما تلك بيمينك يا موسى﴾ كيف زاد على مقدار الجواب وهو أن يقول عصاي ولم يخرجه عن كونه جواباً. أجيب بأن كلمة «ما» تستعمل للسؤال عن الذات والسؤال عن الصفات، وحيث وقعت في حيز السؤال اشتبه على موسى عليه السلام أن السؤال وقع عن الذات أو الصفة فجمع بينهما ليكون مجيباً على كل حال. قال صاحب النهاية: إلى هذا أشار في الفوائد الظهيرية، وفيه نظر لأن أهل البلاغة قالوا: إن «ما» يسأل بها عن وصف العقلاء والعصا لم تكن عاقلة. سلمنا، ولكن الأفعال المسندة إلى موسى عليه السلام لا تكون أوصافاً، ولئن كانت لا تكون أوصافاً للعصا. وأقول: الزيادة على حرف الجواب لا تصرفه عن كونه جواباً له للبتة، وإنما يجعل كلاماً مبتدأ إذا كان ثمة مصرف يمكن حمله عليه إعمالاً للزيادة كما في المسئلة وليس في الآية ذلك فلم يصرف عن كونه جواباً يلوّح إلى هذا قوله فيجعل مبتدئاً قوله: (ومن حلف لا يركب دابة فلان) الدابة في اللغة كل ما يدبّ من الحيوانات: أي يتحرك مشياً على وجه الأرض، قال الله تعالى ﴿وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها﴾ ويتعلق الركوب بها بعين ما يركب منها مراداً كالبغل والفرس والبعير والحمار والبقر والجاموس والفيل في القياس. واستحسن العلماء في عقد اليمين على ما يركب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير أخذا من قوله تعالى ﴿والخيل والبغال والحمير لتركبوها﴾ ذكر منة الركوب في هذه الأنواع الثلاثة: فأما في الأنعام فقد ذكر منفعة الأكل بقوله تعالى ﴿والأنعام خلقها لكم﴾ الآية، وبالعرف؛ فإنه إذا قيل ركب فلان دابة لم يفهم منه أحد أنه ركب البقر أو الفيل وإن كان يركب في بلاد الهند، إلا إذا

قوله: (أن «ما» يسأل بها إلخ) أقول: قال العلامة الشريف في شرح المفتاح: استعمال «ما» في السؤال عن وصف أولى العلم أو غيرهم كثير في اللغة اهـ. ففي ما ذكره الشارح بحث قوله: (ولئن كانت لا تكون أوصافاً للعصا) أقول: وأنت خبير بأنه لا مانع من التأويل بحيث تكون أوصافاً للعصا فليتأمل قوله: (لاعتبار حقيقة الملك) أقول: وفيه بحث.

مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث) عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أنه إذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وإن نوى لأنه لا ملك للمولى فيه عنده، وإن كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لأن الملك فيه للمولى لكنه يضاف إلى العبد عرفاً، وكذا شرعاً قال عليه الصلاة والسلام «من باع عبداً وله مال فهو للبائع» الحديث فتختل الإضافة إلى المولى فلا بد من النية. وقال أبو يوسف: في الوجوه كلها: يحنث إذا نواه لاختلال الإضافة. وقال محمد: يحنث وإن لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك إذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما.

الفصل، ولو حلف لا يركب مركباً ولا نية له حنث بكل مركب سفينة أو محمل أو دابة ولو ركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة إلا أن ينوي دابة عبده فيحنث به، إلا إذا كان على العبد دين مستغرق فإنه لا يحنث حينئذ بركوبها وإن نوى دابة العبد أيضاً لأنه لا ملك للمولى فيه عند أبي حنيفة رحمه الله، وأما أنه لا يحنث بركوب دابة العبد وإن لم يكن عليه دين أو كان لكنه غير مستغرق إلا أن ينويه فلأن الملك فيه وإن كان للمولى لكنه عرضت إضافته إلى العبد عرفاً وشرعاً. قال ﷺ «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، وإن باع نخلاً قد أبرت فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع»(١) أخرجه الستة كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر عنه ﷺ، فاختلت إضافة المال إلى المولى وإن كان ملكاً له فقصر الإطلاق عن تناوله إلا بالنية. وقال أبو يوسف في الوجوه كلها: وهو ما إذا لم يكن عليه دين أو عليه مستغرق أو غير مستغرق يحنث إذا نواه، فتحقق خلافه لأبي حنيفة فيما إذا كان عليه دين مستغرق ونواه فإن عند أبي حنيفة لا يحنث لعدم الملك السيد لما في يده، وعند أبي يوسف هو مملوك للسيد وإن استغرق فيحنث بنيته. وقال محمد: يحنث في الوجوه الخمسة، وهي ما إذا لم يكن عليه دين أو عليه دين مستغرق أو غير مستغرق نوى دابة العبد أو لم ينو لاعتباره حقيقة الملك في الدابة المحلوف عليها: أي انعقدت يمينه على كل دابة يملكها المحلوف علي دابته، وما في يد المأذون ملك السيد وإن كان مديوناً مستغرقاً فيتحقق الحنث بركوبها، وقول محمد هو قول مالك والشافعي وأحمد، والظاهر أن أبا حنيفة رحمه الله بالعرف هنا، فإنه يقال: هذه دابة عبد فلان، وتلك دابة سيده فينصرف اليمين إلى ما يضيفه العرف إليه لا إلى ما يضيفه الملك إليه مع إضافة العرف إياه إلى غيره، وأقل ما يجب إذا صارت هذه الدابة تضاف إلى كل منهما أن لا ينعقد عليها إلا بقصدها، لأنه إن نظر إلى إضافتها إليه انعقدت عليها، وإن نظر إلى إضافتها إلى غيره لم تنعقد عليه فلا ينعقد عليها إلا أن ينويها غير أنه يقول إذا كان دينه مستغرقاً انقطعت الإضافة إلى السيد بالكلية لانعدام الملك، لأن العرف ما كان يضيفه إلى السيد مع إضافته إلى العبد إلا باعتبار ملكه، فإذا انتفى انتفى.

نوى جميع ذلك فيكون على ما نوى لأنه نوى حقيقة كلامه، وفيه تشديد عليه. وإذا عرف هذا فمن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة. وهذا إذا لم ينو، فأما إذا نوى وركب دابة العبد فيحنث، إلا أنه إذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وإن نوى لأنه لا ملك للمولى فيه عنده: أي فيما ملكه العبد المديون عند أبي حنيفة، حتى لو أعتق عبد عبده لا يعتق وتلمح مما ذكرنا المستثنى منه في قوله إلا أنه إذا كان عليه دين وهو القدر الذي أظهرناه، وإن كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوها لأن الملك فيه للمولى لكنه يضاف إلى العبد عرفاً حيث يقال دابة عبد فلان ولم يقل دابة فلان. وشرعاً قال ﷺ «من باع عبداً وله مال فماله لمولاه» فتختل الإضافة إلى المولى فلا بد من النية. وقال أبو يوسف: يحنث في الوجوه كلها، وهي ما إذا لم يكن عليه دين، وكان عليه دين غير مستغرق أو دين مستغرق إذا نوى. ووجه ذلك أن دين العبد وإن كان لا يمنع وقوع الملك للمولى عنده إلا أنه يضاف إلى العبد فتختل الإضافة إلى المولى فلا يدخل تحت مطلق الإضافة إلا بالنية. وقال لمحمد: يحنث في الوجوه كلها وإن لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك للسيد إذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٧٩ ومسلم ١٥٤٣ ح ٨٠ وأبو داود ٣٤٣٣ والترمذي ١٢٤٤ والنسائي ٧/ ٢٩٧ وابن ماجه ٢٢١١ وابن الجارود ٦٢٨ و ٦٢٩ وابن حبان ٤٩٢٢ و ٤٩٢٣ والشافعي ٢/ ١٤٨ والحميدي ٦١٣ وابن أبي شيبة ٧/ ١١٢ وأحمد ٢/ ٩ والبغوي ٢٠٨٥ و ٢٠٨٦ والبيهقي ٥/ ٣٢٤ كلهم من حديث سالم عن ابن عمر مع تغير يسير في بعض ألفاظه. وأما لفظ البخاري: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبداً وله مالٌ فمالُهُ للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع» هكذا رواه البخاري، وقد ذكره المصنف ابن الهمام على التقديم والتأخير.

باب اليمين في الأكل والشرب

قال: (ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها) لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج منه وهو الثمر لأنه سبب له فيصلح مجازاً عنه، لكن الشرط أن لا يتغير بصنعه جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل

باب اليمين في الأكل والشرب

أعقبه الخروج لأن الخروج من المنزل يراد لتحصيل ما به بقاء البنية من المأكول والمشروب إليه الإشارة بقوله تعالى ﴿فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه﴾ [الملك ١٥] على ما يقال. والأكل إيصال ما يتأتى فيه المضغ إلى الجوف وإن ابتلعه بلا مضغ. والشرب إيصال ما لا يتأتى فيه المضغ كالماء واللبن والنبيذ هكذا في التجريد. وذكر الزندويستي أن الأكل عبارة عن عمل الشفاه والحلق. والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق. والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه. والمص عبارة عن عمل اللهاة. فعلى هذا لو كان في فمه شيء فحلف لا يأكل فابتلعه ينبغي أن لا يحنث. وفي فتاوى أبي الليث ما يدل على أنه يحنث وهو الصواب، إذ لا شك في أنه أكل إذا كان مما يمضغ على تفسيره بإيصال مّا بحيث يمضغ إلى الجوف، ولا شك أن قوله: عمل الشفاه إنما يراد حركتها فهو في الكل، ويلزم أن يحنث بيلع ما كان في فمه لأنه لا بد من حركة شفتيه، وهذا لأنه لا يمكن أن يراد من عمل الشفاه هشمها. والحق أن الذوق عمل الفم لمجرد معرفة الطعم وصل إلى الجوف أو لا. قيل: فكل أكل ذوق وليس كل ذوق أكلا فيكون بينهما عموم مطلق. ولا يخفى أن الأكل إذا كان إيصال مّا بحيث يهشم لم يكن عمل الفم معتبراً في مفهومه، وإن كان قد يتحقق معه لزم أن بينهما عموماً من وجه فيجتمعان في إيصال ما هشم فإن الهشم عمل الفم: أعني الحنكين، وينفرد الذوق فيما لو يوصل والأكل فيما ابتلع بلا مضغ مما بحيث يمضغ ولا يعرف طعمه إلا بالمضغ كقلب اللوز والجوز، لكن في المحيط: حلف لا يذوق فأكل أو شرب يحنث، ولو حلف لا يأكل أو لا يشرب لا يحنث بالذوق. وما روى هشام: حلف لا يذوق فيمينه على الذوق حقيقة وهو أن لا يصل إلى جوفه إلا أن يتقدمه كلام يدل عليه نحو أن يقول: تعال تغدّ معي فحلف لا يذوق معه طعاماً وشراباً، فهذا على الأكل والشرب يدل على أن عدم الوصول إلى الجوف مفهوم من مفهوم الذوق، فعلى هذا ينبغي أن لا يحنث بالأكل في الحلف على الذوق، والذي يغلب ظنه أن مسئلة المحيط يراد بها الأكل المقترن بالمضغ أو البلع لما لا يتوقف. معرفة طعمه على المضغ، لأنا نقطع بأن ابتلاع قلب لوزة لا يقال فيه ذاق اللوز ولا يحنث ببلعها، وإذا حلف لا يأكل شيئاً مما لا يتأتى فيه المضغ فخلطه بغيره مما يؤكل فأكله معه حنث، ولو

باب اليمين في الأكل والشرب

قد ذكرنا أن أول ما يحتاج إليه الإنسان المسكن ثم الأكل والشرب، وهذا الباب لبيان اليمين عليهما. واعلم أن ما يصل إلى جوف الإنسان لا يخلو عن أربعة أوجه: مأكول، ومشروب، وممصوص، وملعوق؛ فالمأكول ما يتأتى فيه المضغ والهشم لا الممضوغ، حتى لو ابتلع ما يتأتى فيه المضغ من غير مضغ يسمى أكلاً. والمشروب ما لا يتأتى فيه ذلك، فلو حلف لا يأكل لبناً فشربه لا يحنث، ولو حلف لا يشربه فثرد فيه وأكل لم يحنث. والممصوص هو ما يحصل بعلاج اللهاة؛ فلو حلف لا يأكل عنباً أو رماناً فمضغه ورمى ثفله وابتلع ماء لم يحنث لا في الأكل ولا في الشرب. والملعوق هو ما يتناول بالجس بالأصبع والشفاه، فإذا عرف هذا رجعنا إلى ما في الكتاب، فقوله فهو على ثمرها: يعني إذا كانت لها ثمرة. وأما إذا لم يكن فاليمين تقع على ثمنها لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج منه لأن الحقيقة إذا تعذرت يصار إلى المجاز، وما يخرج منه صالح لكونه مجازاً، لأنه: أي ما لا يؤكل سبب له فينصرف إلى ما يخرج منه، وذكر السبب وإرادة المسبب مجاز شائع، ولكن يشترط أن لا

باب اليمين في الأكل والشرب

والدبس المطبوخ (وإن حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطباً فأكله لم يحنث، وكذا إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب أو من هذا اللبن فصار تمراً أو صار اللبن شيرازاً لم يحنث) لأن صفة البسورة والرطوبة داعية إلى اليمين، وكذا كونه لبناً فيتقيد به، ولأن اللبن مأكول فلا ينصرف اليمين إلى ما يتخذ منه، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لأن هجران المسلم بمنع الكلام منهيّ عنه فلم يعتبر الداعي داعياً في الشرع (ولو حلف لا يأكل لحم

عنى بالذوق الأكل لم يصدق في القضاء. ولو حلف لا يأكل عنباً أو رماناً فجعل يمتصه ويرمي ثفله ويبتلع المتحصل بالمص لا يحنث، لأن هذا ليس أكلاً ولا شرباً بل مص. ولو حلف لا يأكل لبناً فشربه لا يحنث. ولو ثرد فأوصله إلى جوفه حنث، ولو حلف لا يشرب لبناً فثرد فيه فأكله لا يحنث، ولو شربه حنث. قيل: هذا إذا حلف بالعربية، أما إذا حلف بالفارسية فإنه يحنث مطلقاً وهو الصحيح لأن كلاً من الأكل والشرب يسمى خردن، فإذا قال: نمى خرم بلا نية صدق عليهما فيحنث بكل منهما وهذا حق وعليه الفتوى، ولو حلف لا يأكل هذا الرغيف فجففه ودقه ثم مرسه بالماء فشربه لا يحنث، ولو أكله مبلولاً حنث، والسويق إذا شربه بالماء يكون شرباً لا أكلاً، فإن بله بالماء فأكله حنث قوله: (ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها) بالمثلثة: أي ما يخرج منها لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل، ومثله لا يحلف على عدم أكله لأنه ممتنع الأكل قبل اليمين فيلغو الحلف فوجب لتصحيح كلام العاقل صرفها إلى ما يخرج منها تجوّزاً باسم السبب وهو النخلة في المسبب وهو الخارج لأنها سبب فيه لكن بلا تغير بصنع جديد، فلا يحنث بالنبيذ والخل والناطف [1] والدبس المطبوخ. واحترز به عن غير المطبوخ وهو ما يسيل بنفسه من الرطب وهو الذي يسمى في عرفنا صقر الرطب فإنه يحنث بالرطب والتمر والبسر والرامخ والجمار والطلع وهذا لأن ما توقف على الصنعة ليس مما خرج مطلقاً ولذا عطف عليه في قوله تعالى ﴿ليأكلوا من ثمره وما عملته أيديهم﴾ [يس ٣٥] وقيل: لأن ما تحصل بالصنعة ليس مما خرج ابتداء من النخلة، ومن لابتداء الغاية، وكل ما يخرج على وجه الابتداء انعقد عليه يمينه. ولا يخفى أن «من» المذكورة في كلامه داخلة على النخلة تبعيضية لا ابتدائية، نعم من المذكور في التأويل: أعني قوله: لا آكل مما يخرج من النخلة ابتدائية وهو غير مذكور وكأنه اعتبر كالمذكور؛ ومثله حلف لا يأكل من هذا الكرم فهو على عنبه وحصرمه وزبيبه وعصيره. وفي بعض المواضع دبسه والمراد عصيره فإنه ماء العنب وهو ما يخرج بلا صنع عند انتهاء نضج العنب، ولأنه كان كامناً بين القشر، بخلاف مالو حلف لا يأكل من هذا العنب لا يحنث بزبيبه وعصيره لأن حقيقته ليست مهجورة فيتعلق الحلف بمسمى العنب، ثم انصراف اليمين إلى ما يخرج في الحلف لا يأكل من الشجرة فيما إذا كان لها ثمرة، فإن لم يكن لها ثمرة انعقدت على ثمنها فيحنث به: أي إذا اشترى به مأكولاً.

[فرع] حلف لا يأكل من هذه الشجرة فقطع غصناً منها ووصله بشجرة أخرى فأكل من ثمرة تلك الشجرة من هذا الغصن لا يحنث، وقال بعضهم: يحنث قوله: (وإن حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطباً فأكله لم يحنث، وكذا إذا

يتغير بصنعة جديدة لأن ما يصنع من ذلك الثمر ليس بثمر فلا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ، وقيد بالمطبوخ وإن كان الدبس لا يكون إلا مطبوخاً احترازاً عما إذا أطلق إسم الدبس على ما يسيل من الرطب كما ذكره في بعض المواضع من الذخيرة وغيره. وقوله: (ومن حلف لا يأكل من هذا البسر) ظاهر، وكلامه يشير إلى قاعدة هي أن اليمين إذا انعقدت على عين بوصف يدعو ذلك الوصف إلى اليمين فيتقيد اليمين ببقاء ذلك الوصف فينزل منزلة الاسم، ولذلك لا يحنث من حلف لا يأكل من هذا البسر أو الرطب أو اللبن فتغير ذلك الوصف بصيرورة البسر رطباً والرطب تمراً واللبن شيرازاً وهو الذي استخرج ماؤه فصار كالفالوذج الخاثر. فإن قيل: فعلى هذا إذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ ينبغي أن لا يحنث لأن

قوله: (لأن ما يصنع من ذلك الثمر ليس بثمر) أقول: لو صح هذا لزم أن لا يحنث بأكل ما يسيل من الرطب لأنه ليس بثمر أيضاً.

---

(١) الناطف: نوع من الحلوىٰ يسمّىٰ القُبَّيطىٰ سمي بذلك لأنه يقطر قبل استضرابه. والنُّطفة: ماء الرجل والمرأة وأيضاً: الماء الصافي اهـ مصباح.

هذا الحمل فأكل بعد ما صار كبشاً حنث) لأن صفة الصغر في هذا ليست بداعية إلى اليمين فإن الممتنع عنه أكثر امتناعاً عن لحم الكبش. قال: **(ومن حلف لا يأكل بسراً فأكل رطباً لم يحنث)** لأنه ليس ببسر **(ومن حلف لا يأكل رطباً أو بسراً**

حلف لا يأكل من هذا الرطب فصار تمراً أو من هذا اللبن فصار شيرازاً) أي رائباً وهو الخاثر إذا استخرج ماءه فأكله **(لا يحنث)** لأن الأصل أن المحلوف عليه إذا كان بصفة داعية إلى اليمين تقيد به في المعرف والمنكر. فإذا زالت زال اليمين عنه، وما لا تصلح داعية اعتبر في المنكر دون المعرف؛ وصفة البسورة والرطوبة مما قد تدعو إلى اليمين بحسب الأمزجة، وكذا صفة اللبنية فإذا زالت زال ما عقد عليه اليمين فأكله أكل مال لم تنعقد عليه، ويخص اللبن وجه ذكره بقوله ولأن اللبن مأكول فلا ينعقد إلا على عينه لا على ما يصير إليه لأن الحقيقة غير مهجورة فلا يحنث بشيرازه ولا بسمنه وزبده، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لأن هجران المسلم بمنع الكلام معه منهي عنه فلم يعتبر ما يخال داعياً إلى اليمين من جهله وسوء أدبه إذا كان الشارع منعنا من هجران المسلم مطلقاً مع علمه بأن الداعي قد يكون كذا وكذا فوجب الاتباع، ونظر فيه بأن الهجران قد يجوز أو يجب إذا كان لله بأن كان يتكلم بما هو معصية أو يخشى فتنة أو فساد عرضه بكلامه فلا نسلم أن الشارع منع الهجران مطلقاً فحيث حلف لا يكلمه لا يحكم إلا أنه وجد المسوّغ، وإذا وجد اعتبر الداعي فتقيد بصباه وشبيبته ونذكر ما فيه في المسئلة التي تليها قوله: **(ولو حلف لا يأكل من لحم هذا الحمل فأكل منه بعد ما صار كبشاً حنث لأن صفة الصغر في هذا ليست داعية إلى اليمين)** فلا تتقيد به فانعقدت على ذاته فيحنث به كبشاً لوجود ذاته فيه، وإنما قلنا: ليست داعية لأن الصغر داع إلى الأكل لا إلى عدمه، فالممتنع عنه مع صلوحه أشد امتناعاً عنه كبشاً، وفي هذا نظر لأن الحمل ليس محموداً في الضأن لكثرة رطوباته زيادة حتى قيل: فيه النحس بين الجيدين بخلافه كبشاً فإن لحمه حينئذ أكثر قوة وتقوية للبدن لقلة رطوباته فصار كالحلف لا يأكل من هذا الرطب فأكله تمراً لا يحنث. واعلم أن إيراد مثل هذا وما قبله في مسئلة لا أكلم هذا الصبي ذهول عن وضع هذه المسائل ونسيان أنها بنيت على العرف فيصرف اللفظ إلى المعتاد في العمل والعرف في القول، وأن المتكلم لو أراد معنى تصح إرادته من اللفظ لا يمنع منه. ففي مسئلة الحمل العموم يفضلونه وهو عندهم غذاء في غاية الصلاح وما يدرك نحسه إلا أفراد عرفوا شيئاً من الطب فوجب بحكم العرف إذا لم يكن له نية أن يصرف اليمين إلى ذات الحمل لأنه لما كان صالحاً في الغاية عند العموم لا يحكم على الفرد من العموم أنه على خلافهم فينصرف حلفه إليهم فيلزم أن لا تعتبر الحملية قيداً، وكذا الصبي لما كان موضع الشفقة والرحمة عند العموم، وفي الشرع لم يجعل الصبا داعية إلى اليمين في حق العموم فينصرف إلى ذاته، وهذا لا ينفي كون حالف من الناس عرف عدم طيب الحمل وسوء أدب صبيّ علم أنه لا يردعه إلا ترك الكلام معه، أو علم أن الكلام معه يضره في عرضه أو دينه فعقد يمينه في الأول على مدة كونه حملاً، وفي الثاني على مدة صباه. فإنا نقول: لو أراد حالف تقييده بالحملية والصبا لم نمنعه وصرفنا يمينه حيث صرفها، وإنما الكلام إذا لم ينو شيئاً فإنما يسلك به عليه العموم أخطأوا فيه أو أصابوا فليكن هذا منك ببال فإنك تدفع به كثيراً من أمثال هذا الغلط المورد على الأئمة قوله: **(ومن حلف لا يأكل بسراً فأكل رطباً لم**

الصبا مظنة السفه والشباب شعبة من الجنون فكانا وصفين داعيين إلى اليمين وقد زالا عند الشيخوخة فكان الواجب أن لا يحنث. أجاب بقوله وهذا بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي الخ. ووجهه أن القاعدة المذكورة تقتضي ذلك لكن الشرع أسقط اعتبارها لأنه نهى عن هجران المسلم بمنع الكلام، قال ﷺ «من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا» الحديث. والمهجور شرعاً كالمهجور عادة، فانعقدت اليمين على الذات وهي موجودة حالة الشيخوخة فيحنث في يمينه. واعترض على دليل الكتاب بأنا سلمنا أن هجران المسلم حرام، لكن الحرام يقع محلوفاً عليه، كما لو قال والله ليشربنّ اليوم خمراً. وأجيب بأن الكلام في أن الحقيقة يجوز أن تترك بهجران الشرع فيما إذا كان الكلام محتملاً للمجاز حملاً لأمر المسلم على الصلاح، وأما أن اليمين تنعقد على الحرام المحض فلا كلام فيه. وقوله: **(ومن حلف لا يأكل لحم هذا الحمل)** ظاهر. قال: **(ومن حلف لا يأكل بسرا)** هذه

أو حلف لا يأكل رطباً ولا بسراً فأكل مذنباً حنث عند أبي حنيفة، وقالا لا يحنث في الرطب) يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لأن الرطب المذنب يسمى رطباً والبسر المذنب يسمى بسراً فصار كما إذا كان اليمين على الشراء وله أن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر، والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب، وكل واحد مقصود في الأكل بخلاف الشراء لأنه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير **(ولو حلف لا يشتري رطباً فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث)** لأن الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع **(ولو كانت اليمين على الأكل يحنث)** لأن الأكل يصادفه شيئاً فشيئاً فكان كل منهما مقصوداً وصار كما إذا حلف لا يشتري شعيراً أو لا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير وأكلها يحنث في الأكل دون الشراء لما قلنا. **(ومن حلف لا يأكل لحماً فأكل لحم السمك لا يحنث)**

يحنث لأنه ليس ببسر) واليمين انعقدت على خصوص صفة البسرية لما ذكرنا أنها داعية لليمين قوله: **(ومن حلف لا يأكل بسراً أو رطباً أو حلف لا يأكل بسراً ولا رطباً فأكل بسراً مذنباً)** بكسر النون: وهو ما بدا الإرطاب من ذنبه **(حنث عند أبي حنيفة: وقالا لا يحنث)** هكذا ذكر المصنف الخلاف، وأكثر كتب الفقه المعتبرة مثل المبسوط وشروحه وكافي الحاكم وشرح الطحاوي للإسبيجابي وشروح الجامعين والإيضاح والأسرار والمنظومة وغيرها مما يغلب ظن خطأ خلافه ذكر فيها قول محمد مع أبي حنيفة رحمهما الله. وصور المسئلة أربع: اتفاقيتان: وهما ما إذا حلف لا يأكل رطباً فأكل رطباً مذنباً، وما إذا حلف لا يأكل بسراً فأكل بسرا مذنباً فإنه يحنث في هاتين اتفاقاً. وخلافيتان: وهما ما إذا حلف لا يأكل رطباً فأكل بسراً مذنباً. وما إذا حلف لا يأكل بسراً فأكل رطباً مذنباً فإنه يحنث في هاتين عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف. وجه قول أبي يوسف: إن البسر المذنب لا يسمى رطباً لأن الرطب فيه مقلوب وأن الرطب الذي فيه شيء من البسرية لا يسمى بسرا فلم يفعل المحلوف عليه فلا يحنث، وكذا لا يحنث في شرائهما بحلفه لا يشتري بسراً أو رطباً. ووجه قولهما: إن أكل ذلك الموضع هو أكل رطب وبسر فيحنث به لا بالكل وهذا لأن أكل كل جزء مقصود لأنه يمضغ ويبلع بمضغ وابتلاع يخصه فلا يتبع القليل منه الكثير، بخلاف الشراء فإنه يتعلق بجملة المشتري منهما فيكون القليل فيه تبعاً للكثير، وكذا لو حلف أن لا يشتري رطباً فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لأن الشراء صادف المجموع فكان الرطب تابعاً، وكذا لو حلف لا يأكل شعيراً فأكل حنطة فيها شعير حبة حبة حنث، وإن حلف على الشراء لم يحنث ذكره الشهيد في كافيه. وقد يقال: أولاً التعليل المذكور يقتصر على ما فصله فأكله وحده. أما لو

المسئلة على أربعة أوجه: إذا حلف لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنباً بكسر النون وهو ما بدا الإرطاب من قبل ذنبه وهو ما سفل من جانب القمع والعلاقة وتفسيره هو الذي عامته بسر وفيه شيء من الرطب حنث في يمينه في قولهم. وكذا إذا حلف لا يأكل رطباً مذنباً وهو الذي عامته رطب وفيه شيء من البسر حنث في قولهم. ولو حلف لا يأكل بسرا فأكل رطباً فيه شيء من البسر حنث في قول أبي حنيفة، وقالا: لا يحنث. ولو حلف لا يأكل رطباً فأكل بسراً فيه شيء من الرطب حنث عنده خلافاً لهما على رواية الكتاب. وذكر في الإيضاح وشروح الجامع الصغير قول محمد مع أبي حنيفة في أنه يحنث في هاتين الصورتين. وقال صاحب النهاية والله أعلم بصحته: لهما أن الرطب المذنب يسمى رطباً، فإذا حلف لا يأكل بسرا وأكل الرطب المذنب فقد أكل الرطب لا البسر فلا يحنث، وكذلك بالعكس وصار كما إذا حلف لا يشتري رطبا فاشترى بسرا مذنباً لا يحنث **(وله أن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب)** فيحنث في الصورتين وإن كان أحدهما غالباً والآخر مغلوباً ألا ترى أنه لو ميزه فأكله حنث بالاتفاق. فكذا إذا أكله مع غيره. واستشكل بما إذا حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء والماء غالب فشربه لم يحنث، وإن شرب المحلوف عليه وزيادة، وأشار المصنف إلى الجواب عنه بقوله: **(وكل واحد مقصود في الأكل)** يعني بخلاف صورة اللبن، فإن اللبن لما صبّ فيه الماء شاع وماع في جميع أجزاء اللبن فصار مستهلكاً، ولهذا لا يرى مكانه فلم يكن كل واحد منهما مقصوداً بالشرب. وقوله: **(بخلاف الشراء)** جواب عن قياسهما صورة النزاع على الشراء وهو ظاهر. وقوله: **(ولو حلف لا يشتري رطباً)** كالبيان للمسئلة المتقدمة وهو ظاهر. **(ومن حلف لا يأكل لحماً فأكل لحم السمك**

والقياس أن يحنث لأنه يسمى لحماً في القرآن. وجه الاستحسان أن التسمية مجازية لأن اللحم منشؤه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء **(وإن أكل لحم خنزير أو لحم إنسان يحنث)** لأنه لحم حقيقيّ إلا أنه حرام. واليمين قد تعقد للمنع

أكل ذلك المحل مخلوطاً ببعض البسر تحققت التبعية في الأكل، وثانياً هو بناء على انعقاد اليمين على الحقيقة لا العرف وإلا فالرطب الذي فيه بقعة بسر لا يقال لآكله آكل بسر في العرف فكان قول أبي يوسف: أقعد بالمبني، والله أعلم قوله: **(ومن حلف لا يأكل لحماً الخ)** تنعقد هذه اليمين على لحم الإبل والبقر والجاموس والغنم والطيور مطبوخاً مشوياً، وفي حنثه بالنيء خلاف الأظهر لا يحنث، وعند الفقيه أبي الليث يحنث، فلو أكل لحم السمك لا يحنث، والقياس أن يحنث وهو رواية شاذة عن أبي يوسف لأنه سمى لحماً في القرآن، قال تعالى **﴿لتأكلوا منه لحماً طرياً﴾** [النحل ١٤] أي من البحر وهو السمك، وبه استدل سفيان لمن استفتاه فيمن حلف لا يأكل لحماً فأكل سمكاً فرجع إلى أبي حنيفة فأخبره فقال: ارجع فاسأله فيمن حلف لا يجلس على بساط فجلس على الأرض، فسأله فقال لا يحنث، فقال أليس أنه قال تعالى **﴿والله جعل لكم الأرض بساطاً﴾** [نوح ١٩] فقال له سفيان: كأنك السائل الذي سألتني أمس؟ فقال نعم، فقال سفيان: لا يحنث في هذا ولا في الأول، فرجع عن ذلك القول. وظهر أن تمسك أبي حنيفة إنما هو بالعرف لا بما ذكره المصنف في وجه الاستحسان أن التسمية التي وقعت في القرآن مجازية لا حقيقية لأن اللحم منشؤه من الدم ولا دم في السمك لسكونه الماء، ولذا حل بلا ذكاة. فإنه ينقض بالألية فإنها تنعقد من الدم، ولا يحنث بأكلها لمكان العرف وهو أنه لا يسمى لحماً ولا تذهب أوهام أهل العرف إليه عند إطلاق اسم اللحم، ولذا لو قال: اشتر لحماً فاشترى سمكاً عدّ مخالفاً، وأيضاً يمنع أن اسم اللحم باعتبار الانعقاد من الدم بل باعتبار الالتحام والأيمان لا تبنى على الاستعمال القرآني؛ ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة فركب كافراً أو لا يجلس على وتد فجلس على جبل لا يحنث تسميتهما في القرآن دابة وأوتاداً، وهذا كله إذا لم ينو، أما إذا نواه فأكل سمكاً طرياً أو مالحاً حنث.

[فرع] لو حلف لا يأكل لحماً فأكل من مرقه لا يحنث إلا إذا كان نواه قوله: **(وإن أكل لحم خنزير أو لحم إنسان يحنث)** لأنه لحم حقيقة إلا أنه حرام واليمين تنعقد على الحرام منعاً وحملاً وإن وجب في الحمل أن يحنث، بخلاف النذر للنص «لا نذر في معصية الله تعالى» ولما كان يرد عليه أن الأيمان تبنى على العرف ولا تذهب الأوهام في أكل اللحم إلى أكل لحم الآدمي والخنزير وإن سمي في العرف لحم الآدمي لحماً وكذا لحم الخنزير، لأن الواجب العرف في قولنا: أكل فلان لحماً كما فعلنا في لا يركب دابة فلان اعتبر العرف في ركب فإن المتبادر منه ركوب هذه الأنواع فتقيد الركوب المحلوف عليه به. ثم نقل العتابي خلافه فقال: قيل الحالف: إذا كان مسلماً ينبغي أن لا يحنث لأن أكله ليس بمتعارف. ومبنى الأيمان على العرف قال وهو الصحيح. وفي الكافي عليه الفتوى. وما قيل: العرف العملي لا

لا يحنث) والأصل فيه أن اللفظ إذا تناول أفراداً وفي بعضها نوع قصور لا يدخل القاصر تحته، ولحم السمك فيه قصور لأن اللحم من الالتحام والالتحام بالاشتداد والاشتداد بالدم والدم في السمك ضعيف. وقال المصنف: لا دم فيه، جعله بمنزلة المعدوم لكونه يسكن الماء فكان معنى اللحم فيه فلا يدخل تحت اللفظ المطلق وموضعه أصول الفقه **(وإن أكل لحم خنزير أو إنسان حنث**

قال المصنف: **(وجه الاستحسان أن التسمية مجازية لأن اللحم منشؤه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء)** أقول: فيكون قاصراً في اللحمية والقاصر يعامل بها معاملة المجاز لا أن يكون مجازاً قال المصنف: **(وإن أكل لحم خنزير أو لحم إنسان يحنث)** أقول: قال صاحب الكافي: وذكر الزاهدي العتابي لا يحنث، وعليه الفتوى اهـ. قوله وعليه الفتوى من كلام صاحب الكافي فافهم. قال الزيلعي: فكأنه اعتبر العرف ولكن هذا عرف عمل فلا يصلح مقيداً، بخلاف العرف اللفظي؛ ألا يرى أنه لو حلف لا يركب دابة لا يحنث بالركوب على إنسان للعرف اللفظي فإن العرف لفظاً لا يتناول إلا الكراع وإن كان في اللغة يتناوله، ولو حلف لا يركب حيواناً حنث بالركوب على الإنسان لأن اللفظ يتناول جميع الحيوان والعرف العمل وهو أنه لا يركب عادة لا يصلح مقيداً اهـ. العرف العملي يصلح مقيداً عند مشايخ بلخ كما ذكر في كتب الأصول في مسئلة إذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفاً.

من الحرام **(وكذا إذا أكل كبداً أو كرشاً)** لأنه لحم حقيقة فإن نموّه من الدم ويستعمل استعمال اللحم. وقيل في عرفنا لا يحنث لأنه لا يعد لحماً **(ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري شحماً لم يحنث إلا في شحم البطن عند أبي حنيفة، وقالا: يحنث في شحم الظهر أيضاً)** وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار. وله أنه لحم حقيقة، ألا تراه أنه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله وتحصل به قوته ولهذا يحنث بأكله في اليمين على أكل اللحم، ولا يحنث ببيعه

يقيد اللفظ غير صحيح، وقد قدمناه في نكاح الفضولي رداً على المصنف هناك. وأورد أن الكفارة فيها معنى العبادة فكيف تجب بفعل هو حرام محض؟ وأجيب بأن الحل والحرمة إنما يراعيان في السبب والسبب في وجوب الكفارة اليمين وإن كان متعلقاً باليمين والحنث، وإنما علق بهما حتى لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث وإن كان السبب هو اليمين وحده ليكون سبب الكفارة موصوفاً بالإباحة والحرمة الإباحة لليمين والحظر للحنث، وهذا انصراف عن المذهب المجمع على نقله من أن السبب هو الحنث وكونه اليمين مذهب الشافعي وإلقاء الشراشر عليه، وكان يغني عن التهالك في إثباته فيما تقدم تسليماً أن اليمين سبب، ولكنا شرطنا لوجوب الكفارة الحنث لما ذكر، وحينئذ لاخلاف بيننا وبينهم، ويوجب بطلان ما اتفقوا عليه في الجواب من أن الإضافة في كفارة اليمين إلى الشرط لا إلى السبب، وكل هذا بسبب التزام أن الكفارة في اليمين لستر الجناية الثابتة بالحنث، ونحن جعلناها جبراً لحرمة اسم الله تعالى الفائتة بالحنث معصية كان الحنث أو طاعة واجبة أو مندوبة، وهذا لأن الحنث إذا كان واجباً استحال أن يكون حراماً، وما يظن من أنه يصح واجباً حراماً من وجهين توهم، وإلا فمعنى الواجب الحرام ما تعلق به خطاب الشرع نهيا عنه وطلباً له، فكيف يكون بعينه مطلوب العدم مطلوب الإيجاد في وقت واحد فليس ذلك إلا وهماً من الأوهام، ومثله في كفارة الإحرام تثبت، ولا جناية إذا كان مريضاً أو به أذى من رأسه قوله: **(وكذا إذا أكل كبداً أو كرشاً)** أو رئة أو قلباً أو طحالاً: يعني يحنث لأن نموّه من الدم ويستعمل استعمال اللحم. وقيل: في عرفنا لا يحنث لأنه لا يعد لحماً. قال في الخلاصة: هذا في عرف أهل الكوفة، وفي عرفنا لا يحنث، وذكره في المحيط أيضاً. ولو أكل الرأس والأكارع يحنث، وبه قال الشافعي في الأصح. ولا يحنث بأكل الشحم والألية إلا إذا نواه في اللحم، بخلاف شحم الظهر يحنث به بلا نية لأنه تابع للحم في الوجود، ويقال في العرف لحم سمين قوله: **(ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري شحماً لم يحنث إلا في شحم البطن عند أبي حنيفة. وقالا: يحنث في شحم الظهر وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار)** فلزم كونه من نفس مسماه، ولذا استثنى في قوله تعالى **﴿حرّمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما﴾** [الأنعام ١٤٦] فيحنث به **(وله أنه لحم حقيقة لأنه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحم)** في اتخاذ ألوان الطعام والقلايا فيجعل قطعاً ويلقى فيها ليؤكل أكل اللحم ولا يفعل ذلك بالشحم **(وتحصيل به قوته، ولهذا يحنث بأكله في اليمين على أن لا يأكل اللحم، ولا يحنث ببيعه في اليمين على أن لا يبيع شحماً)** والقاطع بنفي قولهما: إن العرف لا يفهم من اسم الشحم إلا ما في البطن وهو الذي يسمى بائعه شحاماً في العرف، وبائع ذلك يسمى لحاماً، والأيمان لا تبنى على الأسماء الشرعية فلا يضرّ تسميتها شحماً في آية الاستثناء. وقول: بعض الشارحين شحم الظهر إما ألية أو لحم أو شحم لا قائل إنه ألية وليس بلحم لأنه يذوب دون اللحم، وأيضاً يقال له: شحم الظهر لا لحم الظهر فتعين أنه شحم فيحنث بأكله بعد ما ذكرنا لا يفيد على أنا نمنع كونه ليس بلحم، والاستدلال عليه بأنه يذوب معارض بأنه يستعمل استعمال اللحم كما ذكرنا، وبه يلزم كون الذوب ليس لازماً مختصاً، واللوازم جاز كونها مساوية لملزومها وكونها أعم منه

لأنه لحم حقيقي إلا أنه حرام، واليمين قد تعقد للمنع من الحرام) واعترض بأن الكفارة فيها معنى العبادة فلا يناط وجوبها بما هو حرام محض، وأكل لحم الخنزير والإنسان حرام محض فكيف يتعلق وجوبها به؟ وأجيب بأن هذه مغالطة لأن الكفارة تجب بعد يمين نقضت بالحنث وقد وجدت، وكون الحنث بأمر مباح أو حرام لا مدخل له في ذلك أشار إلى هذا قوله واليمين قد تعقد للمنع

في اليمين على بيع الشحم، وقيل هذا بالعربية، فأما اسم بيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال **(ولو حلف لا يشتري أو لا يأكل لحماً أو شحماً فاشترى ألية أو أكلها لم يحنث)** لأنه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم

فتشترك الأنواع المتباينة في لازم واحد فكان كون الذوب يتحقق فيما ليس بلحم وفي بعض ما هو لحم ولا ضرر في ذلك وكذا نمنع أنه لا يقال له: لحم الظهر بل نقطع أنه يقال له: لحم سمين، ولو قيل: هذا لحم الظهر أو من الظهر لم يعد مخطئاً، ولذا صحح غير واحد قول أبي حنيفة، وذكر الطحاوي قول محمد مع أبي حنيفة وهو قول مالك والشافعي في الأصح، وما في الكافي من قوله فصارت الشحوم أربعة: شحم الظهر، وشحم مختلط بالعظم، وشحم على ظاهر الأمعاء، وشحم البطن، ففي شحم البطن يحنث بالاتفاق، والثلاثة على الاختلاف لا يخلو من نظر، بل لا ينبغي خلاف في عدم الحنث بما في العظم. قال الإمام السرخسي: إن أحداً لم يقل: بأن مخ العظم شحم اهـ. وكذا لا ينبغي خلاف في الحنث بما على الأمعاء لأنه لا يختلف في تسميته شحماً قوله: **(وقيل هذا)** أي الخلاف فيما إذا قال بالعربية، فأما اسم بيه بالفارسية فلا يقع على شحم الظهر بحال فلا يحنث إذا عقد بالفارسية بأن قال: نمى خرم بيه ثم أكل شحم الظهر قوله: **(ولو حلف لا يأكل أولا يشتري لحماً أو قال شحماً فاشترى ألية أو أكلها لم يحنث لأنه نوع ثالث لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم)** والحق أنه لا يحنث به في حلفه على اللحم خلافاً لبعض الشافعية، ولا في يمين الشحم خلافاً لأحمد للعرف والعادة، وأما أنه لا يستعمل استعمال الشحم ففيه نظر إلا أن يراد جميع استعمالاته.

[فروع] حلف لا يأكل لحم شاة فأكل لحم عنز يحنث. وقال أبو الليث: لا يحنث مصرياً كان الحالف أو قروياً، وعليه الفتوى لتغير العرف فيه. ولو حلف لا يأكل لحم بقر فأكل لحم الجاموس يحنث لا في عكسه لأنه نوع لا يتناول الأعم. وفي فتاوى قاضيخان: ينبغي أن لا يحنث في الفصلين لأن الناس يفرقون بينهما. ولو حلف لا يأكل طعاماً سماه فمضغه حتى دخل جوفه شيء من مائه ثم ألقاه لا يحنث، ولو فعل هذا في العنب فازدرد، فإن رمى القشر والحب وابتلع الماء لا يحنث، وإن رمى قشره فقط وابتلع الماء والحبّ حنث لأنه أكل الأكثر. ولو حلف لا يأكل شيئاً من الحلوى فأي شيء أكله من الحلوى من الخبيص أو العسل أو السكر أو الناطف حنث، ذكره في الأصل. قال الإمام النسفي في شرح الشافي. هذا في عرفهم، أما في عرفنا لا يحنث بالعسل والسكر والخبيص. ولو حلف لا يأكل ملحاً فأكل طعاماً مالحاً يحنث، كما لو حلف لا يأكل الفلفل فأكل طعاماً فيه فلفل، إن وجد طعم الفلفل يحنث. والفقيه يفرق بين الملح والفلفل، في الفلفل يحنث لأن عينه غير مأكول فينصرف اليمين إلى ما يتخذ فيه، بخلاف الملح فلا يحنث ما لم يأكل عينه مفرداً أو مع غيره، إلا إذا كان وقت الحلف دلالة على صرفه إلى الطعام المالح، ويقول الفقيه يفتى. وفي الخلاصة فيمن حلف لا يأكل من ملح ختنه فأخذ ماء وملحاً وجعلهما في العجين لا يحنث لأنه تلاشى. ولو حلف لا يأكل لبناً فطبخ بأرز فأكله ذكر النسفي لا يحنث وإن رؤيت عينه ولم يجعل فيه ماء. وفي مجموع النوازل: إذا كان يرى عينه ويوجد طعمه يحنث. ولو حلف لا يأكل زعفراناً فأكل كمكاً على وجهه زعفران يحنث. ولو حلف لا يأكل هذا السمن فجعله خبيصاً فأكله يحنث، إلا إذا وجد طعمه ولم ير عينه فلا يحنث. وكذا على هذا التمر إذا حلف لا يأكله فجعله عصيدة فأكلها لا يحنث، وفي أكل هذا السكر لا يحنث بمص مائه، ولا يأكل لحماً يشتريه فلان فأكل من لحم سخلة اشتراها فلان لا يحنث، وعلى أن ليس في بيته مرقة وهي في بيته قليلة لا يعدها إذا علم بها أو كثيرة فاسدة لا يحنث، ولا يأكل من هذا القدر وقد غرف منه شيء قبل اليمين لا يحنث بأكله، كما لو سخنت المحلوف على طعامها ما طبخه غيرها. وفي التجريد: قيل: اسم الطبخ يقع بوضع القدر لا بإيقاد النار، وقيل: لو أوقد غيرها فوضعت هي القدر

. . . .

والشحوم (ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها، ولو أكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة. وقالا: إن أكل من خبزها حنث أيضاً) لأنه مفهوم منه عرفاً. ولأبي حنيفة أن له حقيقة مستعملة فإنها تقلى وتغلى وتؤكل قضماً وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الأصل عنده. ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز، كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان. وإليه الإشارة بقوله في الخبز حنث أيضاً (ولو حلف لا يأكل من هذا

لا يحنث. اهـ. وفي عرفنا ليس واضع القدر طابخاً قطعاً ومجرد الإيقاد كذلك، ومثله يسمى صبي الطباخ: يعني معينه، والطباخ هو المركب بوضع التوابل وإن لم يوقد. وفي المنتقى عن محمد: حلف على ما لا يؤكل أن لا يأكله فاشترى به ما يؤكل فأكله حنث، ولو حلف على ما يؤكل فاشترى به ما يؤكل فأكله لا يحنث، فعقد اليمين في الأول على بدله. حلف لا يأكل مما يملكه فلان فأكل منه بعد خروجه عن ملكه لا يحنث، وكذا مما اشتراه إذا باعه فأكله، وكذا من ميراثه إذا أخرجه الوارث عن ملكه ويحنث قبله، بخلاف ما زرع فلان يحنث به عند الزارع، ومن اشترى منه لأن الزرع لا ينسخه الشراء، أما لو اشترى شخص ذلك الزرع فبذره وأكل منه لا يحنث، ومثله من طعام يصنعه فلان فصنعه وباعه فأكل يحنث، وكذا من كسب فلان فاكتسب ومات فورث عنه فأكله حنث، ولو انتقل بشراء أو هبة أو وصية ونحوها لم يحنث، ولا يشتري ثوباً مسه فلان فباعه منه حنث. حلف لا يأكل حراماً فاشترى بدرهم غصب طعاماً فأكله لا يحنث لما عرف أن الثمن إنما يثبت في الذمة فيصير عليه إثم الدرهم، أما لو أكل خبزاً غصبه حنث، ولو اشترى بذلك الخبز لحماً لا يحنث: يعني إذا أكل اللحم. ولو أكل لحم كلب أو قرد لا يحنث عند أسد بن عمرو، وقال نصر: به نأخذ، وقال الحسن: كله حرام. قال الفقيه أبو الليث: ما كان فيه اختلاف العلماء لا يكون حراماً مطلقاً وهو حسن، ولو اضطر لأكل الحرام أو الميتة اختلفوا، والمختار يحنث، وعن محمد روايتان. ولو كان المغصوب براً فطحنه إن أعطى مثله قبل أن يأكله لم يحنث، وإن أكله قبل ذلك حنث لأن الحرمة ثابتة ما لم يؤد الضمان. وفي الأجناس المعتوه والمكره إذا فعلا شيئاً حراماً فهو ليس بحلال لهما. ولو أكل من الكرم الذي دفعه معاملة لا يحنث، أما عندهما فلا يشكل، وعنده كذلك لأنه عقد فاسد، فإنما أكل ملك نفسه قوله: **(ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة يعني ولا نية له)** لم يحنث حتى يقضمها غير نيئة، ولو قضمها نيئة لم يحنث، وكذا لو أكل من خبزها أو دقيقها أو سويقها، وهو قول الشافعي، وقالا: إن أكل من خبزها أيضاً حنث لأن الأكل من خبزها مفهوم منه عرفاً، ولأبي حنيفة أن له حقيقة مستعملة: يعني يستعمل لفظ أكل الحنطة حقيقة: أي في معناه الحقيقي وهو أن يأكل عين الحنطة فإنه معنى ثابت، فإن الناس يغلون الحنطة ويأكلونها وهي التي تسمى في عرف بلادنا بليلة، وتقلى: أي توضع جافة في القدر ثم تؤكل قضماً، وليس المراد حقيقة القضم بخصوصها وهو الأكل بأطراف الأسنان بل أن يأكل عينها بأطراف الأسنان أو بسطوحها، فإذا ثبت للفظ حقيقة مستعملة فهي أولى عند أبي حنيفة من المجاز المتعارف وهو أن يراد بأكل الحنطة أكل خبزها وصار كما إذا حلف لا يأكل من هذه البقرة أو الشاة فأكل لبنها أو سمنها أو زبدها أو من هذه البيضة فأكل من فرخها لا يحنث لانعقاد اليمين على عينها إذا كان مأكولاً وهما يعكسان هذا الأصل ويريان المجاز المتعارف أولى، ورجح قولهما: بأن المتكلم إنما يريد العرف، فإذا لم يكن له نية انصرف إليه، بخلاف مسئلة البقرة والبيضة فإنه ليس

من الحرام. قوله: **(وكذا إذا أكل كبداً)** ظاهر. وقوله: **(ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها)** والقضم: الأكل بأطراف الأسنان من باب لبس، وإنما وضع المسئلة في الحنطة المعينة لأنه إذا عقد يمينه على أكل حنطة لا بعينها ينبغي أن يكون الجواب على قول أبي حنيفة كالجواب عندهما. قال في النهاية: هكذا ذكر شيخ الإسلام في أيمان الأصل وهذه المسئلة على أوجه: أحدها أن لا يأكل حباً كما هي فأكل من خبزها أو سويقها لا يحنث بالاتفاق لأنه أراد حقيقة كلامه فيتقيد اليمين بها. والثاني أن ينوي أن لا يأكل ما يتخذ منها لا يحنث بأكل عينها كذلك. والثالث أن لا يكون له نية فأكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة خلافاً لهما. والوجه من الجانبين ما ذكره في الكتاب، ومبناه على أن الحقيقة المستعملة عنده أولى من المجاز المتعارف

الدقيق فأكل من خبزه حنث) لأن عينه غير مأكول فانصرف إلى ما يتخذ منه **(ولو استفه كما هو لا يحنث)** هو الصحيح لتعين المجاز مراداً **(ولو حلف لا يأكل خبزاً فيمينه على ما يعتاد أهل المصر أكله خبزاً)** وذلك خبز الحنطة والشعير لأنه هو المعتاد في غالب البلدان **(ولو أكل من خبز القطائف لا يحنث)** لأنه لا يسمى خبزاً مطلقاً إلا إذا نواه لأنه محتمل كلامه **(وكذا لو أكل خبز الأرز بالعراق لم يحنث)** لأنه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان أو في بلدة طعامهم ذلك يحنث **(ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر)** لأنه يراد به اللحم المشوي عند الإطلاق إلا أن ينوي ما يشوي من بيض أو غيره لمكان الحقيقة **(وإن حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم)** وهذا استحسان اعتباراً للعرف، وهذا لأن التعميم متعذر فيصرف إلى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء إلا إذا نوى غير ذلك لأن فيه تشديداً، وإن أكل من مرقه يحنث لما فيه من أجزاء اللحم ولأنه يسمى طبيخاً **(ومن حلف لا يأكل الرؤوس**

للفظ مجاز أشهر ليرجح على الحقيقة. والذي يغلب أن التعارف والأكثرية لوجوب المعنى وهو نفس فعل أكل خبز الحنطة لا لاستعمال لفظ أكلت اليوم الحنطة أو لا آكل حنطة فيه بل لفظ أكلت حنطة يحتمل أن يراد به أكل عينها كما يراد ما يخبز من دقيقها فيترجح قول أبي حنيفة لترجح الحقيقة عند مساواة المجاز، لا يقال: أكثرية المعنى توجب أكثرية اللفظ الذي يدل به عليه. لأنا نقول: لا يلزم ذلك إلا إذا لم يكن إلا لفظ واحد يدل به، وليس هنا كذلك لأنه يقال: أكلت خبز الحنطة، ويقال: أكلت الحنطة، بل الآن لا يتعارف في أكل الخبز منها إلا لفظ آخر وهو أكلت الخبز، اللهم إلا أن ينوي أكل الخبز فيحنث به لا بالقضم أو القضم فلا يحنث بأكل الخبز اتفاقاً، وقضم يقضم بكسر العين في الماضي وفتحها في المستقبل. وقوله: هو الصحيح احتراز عن رواية الأصل أنه لا يحنث عندهما إذا قضمها، وصححها في الذخيرة، ورجح شمس الأئمة وقاضيخان رواية الجامع أنه يحنث. قال المصنف: وإليه الإشارة بقوله: حنث في الخبز أيضاً فإنه يفيد أنه يحنث بالقضم، ولا يلزم استعمال اللفظ حقيقة ومجازاً بل يكون من عموم المجاز، كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول زحفاً لجعله مجازاً في الدخول. ولو أكل من سويقها حنث عند محمد خلافاً لأبي يوسف فيحتاج أبو يوسف إلى الفرق بين الخبز والسويق. والفرق أن الحنطة إذا ذكرت مقرونة بالأكل يراد بها الخبز دون السويق، ومحمد اعتبر عموم المجاز، وهذا الخلاف إذا حلف على حنطة معينة، أما لو حلف لا يأكل حنطة ينبغي أن يكون جوابه كجوابهما ذكره شيخ الإسلام. ولا يخفى أنه تحكم. والدليل المذكور المتفق على إيراده في جميع الكتب يعم المعينة والمنكرة وهو أن عينها مأكول قوله: **(ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث لأن عينه غير مأكول فانصرف اليمين إلى ما يتخذ منه)** فيحنث بعصيدته. وفي النوازل لو اتخذ منه خبيصاً أخاف أن يحنث، فلو استف عينه لا يحنث لتعين المجاز وهو ما يتخذ منه مراداً في العرف فلا يحنث بغيره إلا أن ينويه وإذا نواه لا يحنث بأكل الخبز، وقوله: هو الصحيح احتراز عن قول من قال: يحنث لأنه حقيقة كلامه. قلنا: نعم ولكن حقيقة مهجورة ولما تعين إرادة المجاز سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لأجنبية: إن نكحتك فعبدي حر فزنى بها لا يحنث

وعندهما بالعكس وموضعه أصول الفقه **(ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث)** بالاتفاق **(لأن عينه غير مأكول)** فكانت الحقيقة متعذرة فيصار إلى المجاز وهو ما يتخذ منه **(ولو استفه)** أي أكله من غير مضغ **(لا يحنث هو الصحيح)** وإنما قال هو الصحيح احترازاً عن قول بعض مشايخنا إنه يحنث لأنه أكل الدقيق حقيقة، والعرف وإن اعتبر فالحقيقة لا تسقط به، وهذا لأن عين الدقيق مأكول، والأصح أنه لا يحنث لأن هذه الحقيقة مهجورة، ولما انصرفت اليمين إلى ما يتخذ منه للعرف سقط اعتبار الحقيقة، كمن قال لأجنبية إن نكحتك فعبدي حرّ فزنى لها لم يحنث لأن يمينه لما انصرف إلى العقد لم يتناول حقيقة الوطء. وقوله: **(ولو حلف لا يأكل خبزاً)** على ما ذكره ظاهر. وطبرستان هي آمل وولايتها، وقيل أصلها تبرستان لأن أهلها يحاربون بالتبر وهو الفاس فعرّبوه إلى طبرستان. وقوله: **(ولو حلف لا يأكل الشواء)** ظاهر. وقوله: **(وهذا لأن التعميم متعذر)** لأن الدواء

فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر) ويقال يكنس **(وفي الجامع الصغير: لو حلف لا يأكل رأساً فهو على رؤوس البقر والغنم)** عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم خاصة، وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور

لانصراف يمينه إلى العقد فلم يتناول الوطء إلا أن ينويه قوله: **(ولو حلف لا يأكل خبزاً فيمينه على ما يعتاده أهل مصره خبزاً وذلك خبز الحنطة والشعير لأنه المعتاد في غالب البلدان)** ولو كان أهل بلده لا يعتادون أكل الشعير لا يحنث به. ولو اعتادوا خبز الذرة كالحجاز واليمن حنث بأكله ولا يحنث بأكل القطائف، وينبغي أن يحنث بأكل الكماج لأنه خبز وزيادة، فالاختصاص باسم للزيادة لا للنقص، ولا يحنث بالثريد لأنه لا يسمى خبزاً مطلقاً. وفي الخلاصة: حلف لا يأكل من هذا الخبز فأكله بعد ما تفتت لا يحنث لأنه لا يسمى خبزاً، ولا يحنث بالعصيد[1] والططماج ولا يحنث لو دقه فشربه. وعن أبي حنيفة في حيلة أكله أن يدقه فيلقيه في عصيدة ويطبخ حتى يصير الخبز هالكاً، ولا يحنث في خبز الأرز إلا أن يكون هذا الحالف في بلدة يعتادونه كما في طبرستان والنسبة إليها طبري وهو اسم آمل وأعمالها. قال السمعاني: سمعت القاضي أبا بكر الأنصاري ببغداد يقول: إنما هي تبرستان لأن أهلها كانوا يحاربون بالفاس فعرب فقيل طبرستان. وقال القتبي: طبرستان معناه بالفارسية أخذه الفاس بيده اليمنى، والمراد بالفاس الطبر وهو معرب تبر، وهذا لا ينافي ما قال السمعاني بقليل تأمل.

قال العبد الضعيف غفر الله تعالى له: وقد سئلت لو أن بدوياً اعتاد أكل خبز الشعير فدخل بلدة المعتاد فيها أكل خبز الحنطة واستمر هو لا يأكل إلا الشعير فحلف لا يأكل خبزاً، فقلت: ينعقد على عرف نفسه فيحنث بالشعير لأنه لم ينعقد على عرف الناس إلا إذا كان الحالف يتعاطاه فهو منهم فيه فيصرف كلامه إليه لذلك، وهذا منتف فيمن لم يوافقهم بل هو مجانب لهم قوله: **(ولو حلف لا يأكل شواء فهو على اللحم فقط دون الباذنجان والجزر)** المشويين لأنه يراد به في العرف ذلك عند الإطلاق إلا أن ينوي غير ذلك مما يشوي من بيض أو غير ذلك كالفول الأخضر الذي يسمى في عرفنا شوى العرب وقولنا في ذلك قول أحمد قوله: **(ولو حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم)** يعني بالماء حتى أن ما يتخذ قلية من اللحم لا يسمى طبيخاً فلا يحنث به، وهذا استحسان بالعرف لأن التعميم متعذر لأن الدواء مما يطبخ، وكذا الفول الذي يسمى في عرفنا الفول الحار، ولا يقال لآكله آكل طبيخاً فينصرف إلى خاص هو أخص الخصوص وهو اللحم المطبوخ بمرق وهو متعارف، إلا أن ينوي غيره من الباذجان مما يطبخ فيحنث به، وهذا يقتضي أن لا يحنث بالأرز المطبوخ بلا لحم. وفي الخلاصة: يحنث بالأرز إذا طبخ بودك فإنه يسمى طبيخاً، بخلاف ما لو طبخ بزيت أو سمن. قال ابن سماعة: الطبيخ يقع على الشحم أيضاً، ولا شك أن اللحم بالماء طبيخ، وإنما الكلام في أنه هو المتعارف الظاهر أنه لا يختص به، ولو أكل من مرق اللحم حنث. قال المصنف: لما فيه من أجزاء اللحم، وهذا يقتضي أن من حلف لا يأكل لحماً فأكل المرق الذي طبخ فيه اللحم حنث، وقدمنا من المنقول خلافه. والوجه ما ذكره ثانياً من قوله ولأنه يسمى طبيخاً: يعني في العرف، بخلاف مرق اللحم فإنه لا يسمى لحماً في العرف قوله: **(ومن حلف لا يأكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير)** في تلك البلدة ويباع فيها من رؤوس الإبل والبقر والغنم. وفي

المسهل مطبوخ ونحن نعلم بيقين أنه لم يرد ذلك **(فيصرف إلى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء)** قالوا قيد بقوله بالماء لأن القلية اليابسة لا تسمى مطبوخاً فلا يحنث بأكلها **(ومن حلف لا يأكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير)** أي يطم به التنور: يعني يدخل فيه من كبس الرجل رأسه في جيب قميصه إذا أدخله فيه **(ويباع في المصر)** لأن رأس الجراد رأس حقيقة

---

(١) العَصِيدَة: عبارة عن دقيق يُلَتُّ بالسمن، ويوضع في وسطه العسل، وهو من أفخر أنواع الطعام عند المغاربة حتى يومنا هذا. وأما في الديار الشامية، فأصبحت نادرة لا يكاد يعرفها أحد.

في المختصر (ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنباً أو رماناً أو رطباً أو قثاءً أو خياراً لم يحنث، وإن أكل تفاحاً أو بطيخاً أو مشمشاً حنث، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد: حنث في العنب والرطب والرمان أيضاً)

الجامع الصغير: لو حلف لا يأكل رأساً فهو على رؤوس البقر والغنم عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: على الغنم خاصة، وهذا اختلاف عصر، فكان العرف في زمنه فيهما ثم صار في البقر والغنم، فرجع أبو حنيفة عن انعقاده في حق رؤوس الإبل وفي زمانهما في الغنم خاصة فوجب على المفتي أن يفتي بما هو المعتاد في كل مصر وقع فيه حلف الحالف كما هو في مختصر القدوري رحمه الله. وأورد أن العادة كما هي في الرؤوس مقتصرة على رؤوس الغنم أو البقر معها كذلك في اللحم مقتصرة على لحم ما يحل، إذ لم تجر العادة ببيع لحم الآدمي والخنزير وأكله، مع أن اليمين انعقدت باعتبارهما فحنث بأكل لحمهما إذا حلف لا يأكل لحماً. أجيب بأن الأصل في جنس هذه المسائل أنه فيها يجب العمل بالحقيقة: يعني اللغوية، فإن لم يكن وجب اعتبار التعارف حينئذ، واللحم يمكن فيه أكل ما يسمى لحماً فانعقد باعتباره، بخلاف الرؤوس لا يمكن أكل حقيقتها إذ هي مجموع العظم مع اللحم فيصير إلى المتعارف ونقض بالشراء فإنه يمكن في الرؤوس على العموم ومع ذلك لم ينعقد يمين الشراء على العموم فيها. أجيب بالمنع بل من الرؤوس مالاً يمكن بيعه كرأس الآدمي، وبهذا خرج الجواب عما أورد على مسئلة الحلف لا يركب دابة أنه لا يحنث إذا ركب كافراً وهو دابة حقيقية فأمكن العمل بالحقيقة ومع ذلك لم يجر على عمومه، فإن إمكان العمل بحقيقة عمومه منتف إذ من الدوابّ النمل وما هو أصغر منها ولا يمكن ركوبه فيصير إلى المتعارف، وهذا يهدم ما تقدم من أن المتكلم إنما يتكلم بالعرف الذي به التخاطب فوجب عند عدم نيته أن يحكم بأن المراد ما عليه العرف، وتقدم تصحيح العتابي وغيره في لحم الخنزير والآدمي عدم الحنث وليس إلا بناء على هذا الأصل، ولو كان هذا الأصل المذكور منظور إليه لما تجاسر أحد على خلافه في الفروع قوله: **(ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنباً أو رماناً أو رطباً أو قثاء أو خياراً لم يحنث، وإن أكل تفاحاً أو بطيخاً أو مشمشاً حنث)** وكذا يحنث بالخوخ والسفرجل والإجاص والكمثرى، وهذا التفصيل عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يحنث في العنب والرطب والرمان أيضاً، والأصل المتفق عليه أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده: أي بتنعيم ويتلذذ به زيادة على المعتاد من الغذاء الأصلي ولهذا يقال: النار فاكهة الشتاء والمزاح فاكهة والرطب واليابس فيه: أي في معنى التفكه سواء بعد أن يكون التفكه به معتاداً في الحالين، فإن خصت العادة التفكه بإحدى الحالتين دون الأخرى كالبطيخ فإنها خصت التفكه به في حال رطوبته دون حال يبسه لم يحنث بأكله يابساً، وهذا المعنى: أي معنى التفكه بأن يؤكل زيادة على الغذاء موجود في

وليس بمراد فيصرف إلى المجاز المتعارف، وفسره الجامع الصغير على ما ذكر في الكتاب. واعترض على هذا بأن لحم الخنزير والإنسان لا يباع في الأسواق ومع ذلك يحنث بالأكل إذا حلف لا يأكل لحماً. وأجيب بما حاصله الفرق بأن الرأس غير مأكول بجميع أجزائه لأن منها العظم فكانت الحقيقة متعذرة فيصار إلى المجاز المتعارف وهو ما يكبس في التنانير ويباع في الأسواق، وأما اللحم فيؤكل بجميع أجزائه فكانت الحقيقة ممكنة فلا تترك فيحنث بأكل لحم الإنسان والخنزير. فإن قلت: الحقيقة إن لم تكن متعذرة فهي مهجورة شرعاً، والمهجور شرعاً كالمهجور عادة، وفي المهجور شرعاً يصار إلى المجاز كما في المهجور عادة. قلت: المهجور شرعاً هو الذي لا يكون شيء من أفراده معمولاً به كالحلف على ترك كلام الصبي وهنا ليس كذلك. فإن قيل: سلمنا ذلك لكن لا يطرد في الشراء فإن الرأس يشترى بجميع أجزائه فلم تكن الحقيقة متعذرة. وأجيب بأن من الرؤوس ما لا يجوز إضافة الشراء إليه كرأس النمل والذباب والآدمي فكانت متعذرة. وقوله: **(ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنباً أو رماناً أو رطباً أو قثاء أو خياراً لم يحنث، وإن أكل تفاحاً أو بطيخاً أو مشمشاً حنث، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: يحنث في العنب والرطب**

قوله: (قلت المهجور شرعاً إلخ) أقول: ويمكن أن يجاب بوجه آخر.

والأصل أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده: أي يتنعم به زيادة على المعتاد، والرطب واليابس فيه سواء بعد أن يكون التفكه به معتاداً حتى لا يحنث بيابس البطيخ، وهذا المعنى موجود في التفاح وأخواته فيحنث بها وغير موجود في القثاء والخيار لأنهما من البقول بيعاً وأكلاً فلا يحنث بهما. وأما العنب والرطب والرمان فهما يقولان إن معنى التفكه موجود فيها فإنها أعزّ الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: إن هذه الأشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فأوجب قصوراً في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل أو

التفاح والبطيخ والمشمش فيحنث بها اتفاقاً وغير موجود في القثاء والخيار لأنهما من البقول بيعاً وأكلاً حتى يوضعان على المائدة كما يوضع البقل ونحوه فلا يحنث بهما اتفاقاً، وأما العنب والرطب والرمان وهي محل الخلاف فوجه قولهما: أن معنى التفكه موجود فيها بل هي أعزّ الفواكه، والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها من الفواكه فيحنث بها، وأبو حنيفة يقول: هي مما يتغذى بها منفردة حتى يستغنى بها في الجملة في قيام البدن ومقرونة مع الخبز ويتداوى ببعضها كالرمان في بعض عوارض البدن، ولا ينكر أنها يتفكه بها، ولكن لما كانت قد تستعمل أصالة لحاجة البقاء قصر معنى التفكه فلا يحنث بأحدها إلا أن ينويه فيحنث بالثلاثة اتفاقاً، ولهذا كان اليابس منها من التوابل كحبّ الرمان ومن الأقوات وهو التمر والزبيب. والمشايخ قالوا: هذه اختلاف زمان، ففي زمان لا يعدونها من الفواكه فأفتى على حسب ذلك وفي زمانهما عدّت منها فأفتيا به.

فإن قيل: الاستدلال المذكور لأبي حنيفة يخالف هذا الجمع، فإن مبنى هذا العرف، والاستدلال المذكور صريح في أن مبناه اللغة حيث قال: الفاكهة ما يتفكه به، ولا شك أن ذلك لغة، والتفكه بالشيء ما يتنعم به زيادة على المحتاج إليه أصالة، وهذا معنى اللغة، واستعمال العنب وأخويه ليس كذلك دائماً فقصر الخ أمكن الجواب بجواز كون العرف وافق اللغة في زمنه ثم خالفها في زمانهما. فإن قيل: وفيه دليل على عدم ما ذكر آنفاً من أن المعتبر اللغة إلا أن لا يمكن فيعتبر العرف، فإن هذا يدل على عدم اعتبارهما ذلك، فالجواب أنه غير لازم لجواز أن يمنعا كون الاستقلال به أحياناً بالنسبة إلى بعض الناس يؤثر في نقص كونه مما يتفكه به قوله: **(ومن حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو إدام)** كالخل والزيت والعسل واللبن والزبد والسمن والمرق والملح لأنه يئول إلى الذوب في الفم ويحصل به صبغ الخبز، واصطبغ مبني للمفعول وهو افتعال من الصبغ، ولما كان ثلاثيه وهو صبغ متعدياً إلى واحد جاء الافتعال منه لازماً فلا يقال: اصطبغ الخبز لأنه لا يصل إلى المفعول بنفسه حتى يقام مقام الفاعل إذا بني الفعل له فإنما يقام غيره من الجار والمجرور ونحوه، فلذا يقال: اصطبغ به ولا يقال: اصطبغ الخبز، وما لم يصبغ الخبز مما له جرم كجرم الخبز وهو بحيث يؤكل وحده ليس بإدام كاللحم والبيض والتمر والزبيب، وهذا التفصيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو إدام، وهو رواية عن أبي يوسف وقول الشافعي وأحمد رحمهم الله. والحاصل أن

والرمان أيضاً) يعني لا في القثاء والخيار وكانت المسئلة على ثلاثة أوجه: في وجه يحنث بالاتفاق، وهو أن يقع يمينه على ثمر كل شجر سوى العنب والرطب والرمان، ويستوي في ذلك الرطب واليابس. وفي وجه لا يحنث بالاتفاق، وهو أن يأكل الخيار والقثاء لأنه يؤكل مع البقول. وفي وجه اختلفوا فيه وهو العنب والرطب والرمان إذا لم تكن له نية، . وكلامه ظاهر إلا ما نذكره، فقوله زيادة على المعتاد: أي على الغداء الأصلي حتى تسمى النار فاكهة والمزاح فاكهة لوجود زيادة التنعم فيها. وقوله: **(والرطب واليابس فيه سواء)** يعني أن ما كان فاكهة لا فرق بين رطبه ويابسه، ويابس هذه الأشياء لا يعدّ فاكهة فيجب أن يكون رطبا كذلك. وقوله: **(لأنهما من البقول بيعاً)** فإن بائع البقول هو الذي يبيعها لا غير، وأما أكلا فإنهما يوضعان على الموائد حيث يوضع النعناع والبصل. وقوله: **(إن هذه الأشياء مما يتغذى بها)** يعني العنب والرطب **(ويتداوى بها)** يعني الرمان **(ولهذا كان اليابس منها من التوابل)** كيابس الرمان **(أو من الأقوات)** كيابس العنب، فالتوابل جمع التابل بفتح الباء وكسرها، والأصل في هذا أن اللفظ إذا أطلق على أفراد في بعضها دلالة على زيادة معنى ليس في مفهوم اشتقاقه لم يتناوله كما تقدم في صورة النقصان في

من الأقوات (ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو إدام والشواء ليس بإدام والملح إدام، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: كل ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو إدام) وهو رواية عن أبي يوسف لأن الإدام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه. ولهما أن الإدام ما يؤكل تبعاً، والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائماً به. وفي أن لا يؤكل على الانفراد حكماً، وتمام الموافقة في الامتزاج أيضاً، والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحده بل يشرب، والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولأنه يذوب فيكون تبعاً، بخلاف اللحم وما يضاهيه

ما يصبغ به كالخل وما ذكرنا إدام بالإجماع، وما يؤكل وحده غالباً كالبطيخ والعنب والتمر والزبيب وأمثالها ليس إداماً بالإجماع: أي بالاتفاق على ما هو الصحيح في البطيخ والعنب كما ذكره المصنف، خلافاً لما قيل: إنهما على الخلاف، وممن صحح الاتفاق شمس الأئمة. وفي المحيط قال محمد: التمر والجوز ليسا بإدام، وكذا العنب والبطيخ والبقل، وكذا سائر الفواكه، ولو كان في بلد يؤكلان تبعاً للخبز يكون إداماً، أما البقول فليست بإدام بالاتفاق لأن آكلها لا يسمى مؤتدماً إلا ما قد يقال: في أهل الحجاز بالنسبة إلى أكلهم الكراث، وعند الشافعي البقول والبصل وسائر الثمار إدام. وفي التمر عنده وجهان: في وجه إدام لما روي «أنه ﷺ وضع تمرة على كسرة وقال هذه إدام هذه»[1] رواه أبو داود. وفي وجه آخر: ليس إداماً لأنه فاكهة كالزبيب. واختلفوا في الجبن والبيض واللحم، فجعلها محمد إداماً لأنها لا تؤكل وحدها غالباً فكانت تبعاً للخبز وموافقة له، والمؤادمة الموافقة ومنه قوله ﷺ للمغيرة حين خطب امرأة: «لو نظرت إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»[2] أي يوفق، فما يؤكل غالباً تبعاً للخبز موافقاً له إدام والجبن وأخواه كذلك، ويؤيده ما روي عنه ﷺ «سيد الإدام في الدنيا والآخرة اللحم»[3] رواه ابن ماجه. ويقال: إن ملك الروم كتب إلى معاوية أن أبعث إليّ إدام على يد شرّ رجل، فبعث إليه جبناً على يد رجل يسكن في بيت أصهاره وهو من أهل اللسان [4]، وبقول محمد أخذ الفقيه أبو الليث. ولهما أن الإدام ما يؤكل تبعاً، فما يؤكل وحده ولو أحياناً ليس إداماً

اللحم. قال: (ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به) اصطبغ على بناء المفعول كذا كان مقيداً بخط الثقات وهو افتعل من الصبغ، ويقال اصطبغ بالخل وفي الخل ولا يقال اصطبغ الخبز بالخل (ولو حلف لا يأتدم) أي لا يأكل إداماً (فكل شيء اصطبغ به فهو إدام) ولا ينعكس فالخل والزيت واللبن والملح والزبد إدام، والشواء ليس بإدام (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) في رواية الأصل وقال محمد: (ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو إدام، وهو رواية عن أبي يوسف) وحاصل ذلك على ثلاثة أوجه: ما يصطبغ به

---

(١) أخرجه أبو داود ٣٨٣٠ من حديث يوسف بن عبد الله بن سلام وقال المنذري في مختصره: قال البخاري ليوسف صحبة. وقيل رؤية فقط.

(٢) صحيح. أخرجه الترمذي ١٠٨٧ والنسائي ٦/ ٦٩ ـ ٧٠ وابن ماجه ١٨٦٥ و ١٨٦٦ والدارمي ٢٠٩٤ وابن الجارود ٦٧٥ و ٦٧٦ وابن حبان ٤٠٤٤ والدارقطني ٣/ ٢٥٢ ـ ٢٥٣ والحاكم ٢/ ١٦٥ والطحاوي ٣/ ١٤ وسعيد بن منصور ٥١٦ و ٥١٧ و ٥١٨ وابن أبي شيبة ٤/ ٣٥٥ والبغوي ٢٢٤٧ والبيهقي ٧/ ٨٤ ـ ٨٥ من طرق كلهم من حديث المغيرة بن شعبة وكذا أحمد ٤/ ٢٤٤ ـ ٢٤٥ ـ ٢٤٦ وصححه الحاكم على شرط الشيخين، وهو صحيح كما قال رجاله كلهم ثقات معروفون اهـ ورواية: انظر إليها. ورواية: «فإنه أجدر...»

(٣) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٣٣٠٥ وابن حبان ١/ ٣٣٢ وابن الجوزي في الموضوعات ٢/ ٣٠٢ كلهم من حديث أبي الدرداء، وهو من طريق سليمان الجزري عن مسلمة الجهني قال ابن حيان في المجروحين في ترجمة سليمان هذا: روى أشياء موضوعات لا تشبه حديث الثقات، فلا أدري التخليط منه، أو من مسلمة الجهني، ثم ذكر له مناكير، وهذا منها.
ونقل ابن الجوزي كلام ابن حبان هذا. وأخرجه ابن الجوزي في الموضوعات ٢/ ٣٠٢ من حديث ربيعة بن كعب، ونقل عن العقيلي قوله: لا يعرف هذا الحديث إلا بعمرو بن بكر، ولا يصح في هذا المتن عن النبي ﷺ شيء اهـ وقال ابن حبان: عمرو هذا يروي عن الثقات الطامات اهـ.
وله طريق آخر. أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٥/ ٣٥ من حديث بريدة، وقال الهيثمي: فيه سعيد بن عبية القطان: لم أعرفه، وبقية رجاله ثقات وفيهم كلام لا يضر اهـ.
الخلاصة: فالحديث وإن كانت طرقه شديدة الضعف إلا أنه بمجموعها يرقى إلى درجة الضعيف. والله أعلم.

(٤) هذه القصة غريبة لم أعثر عليها، وقد أنكرها ابن الهمام، فأصاب لأن أمارة البطلان لائحة عليها.

لأنه يؤكل وحده إلا أن ينويه لما فيه من التشديد، والعنب والبطيخ ليسا بإدام هو الصحيح. **(وإذا حلف لا يتغدى فالغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر والعشاء من صلاة الظهر إلى نصف الليل)** لأن ما بعد الزوال يسمى عشاء ولهذا تسمى الظهر إحدى صلاتي العشاء في الحديث **(والسحور من نصف الليل إلى طلوع الفجر)** لأنه مأخوذ من السحر ويطلق على

وهذا لأنه من المؤادمة وهي الموافقة وذلك بأن يصير مع الخبز كشيء واحد وهي بأن يقوم به قيام الصبغ بالثوب وهو أن ينغمس فيه جسمه إذ حقيقة القيام غير مرادة لأن الخل ونحوه ليس عرضاً يقوم بالجوهر، والأجرام المذكورة من البيض وما معه ليس كذلك فليست بإدام. ويرد عليه أنه إن اعتبر في مسمى الإدام بحيث يؤكل تبعاً للخبز موافقاً، سلمناه ولا يستلزم نفي ما ذكر لأنه كذلك، وإن اعتبر فيه كونه لا يؤكل إلا تبعاً منعناه. نعم ما لا يؤكل إلا تبعاً موافقاً أكمل في مسمى الإدام، لكن الإدام لا يخص إسمه الأكمل منه. واستدل لأبي حنيفة وأبي يوسف أيضاً بأنه يرفع إلى الفم وحده بعد الخبز أو قبله فلا تتحقق التبعية، بخلاف المصطبغ به. وأجيب عن الحديث بأن كونه سيد الإدام لا يستلزم كونه إداماً، إذ قد يقال: في الخليفة سيد العجم وليس هو منهم. وأما حكاية معاوية فيتوقف الاستدلال بها على صحتها وهي بعيدة منها إذ يبعد من إمام عالم أن يتكلف إرسال شخص إلى بلاد الروم ملتزماً لمؤنته لغرض مهمل لكافر. والسكنى في بيت الصهر قط لا يوجب أن يكون الساكن شرّ رجل، فآثار البطلان تلوح على هذه القصة، ودفع الاستدلال لهما بأن المعتبر التبعية في الأكل، والأكل هو فعل الفم والحلق وهما مختلطان فيه ثمة فتحصل التبعية حينئذ. ويدفع بأن كون التبعية في الفم بعد رفع كل على حدته تحكم إذ هما فيه إذا جسمان متكافئان لا يكون أحدهما تبعاً للآخر، بخلاف ما رفع صبغاً للخبز فإن المقصود به سد الجوع بالخبز لا بالصبغ. وأما الجسمان المتكافئان فكل يصلح لرفع الجوع غير مفتقر إلى الآخر في رفعه. قال التمرتاشي: وهذا الاختلاف بينهم على عكس اختلافهم فيمن حلف لا يأكل إلا رغيفاً فأكل معه البيض ونحوه لم يحنث عندهما وحنث عند محمد قوله: **(وإذا حلف لا يتغدى فالغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر والعشاء)** بفتح العين والمد **(من صلاة الظهر إلى نصف الليل)** وهذا تساهل معروف المعنى لا يعترض به، فإن الغداء والعشاء اسم لما يؤكل في الوقتين لا للأكل فيهما. فالوجه أن يقال: فالتغدي الأكل من طلوع الفجر، والتعشي الأكل من الظهر الخ، لأن ما بعد الظهر يسمى عشاء بكسر العين[1] ولهذا تسمى الظهر إحدى صلاتي العشاء في

فهو إدام بالاتفاق، والبطيخ والعنب والتمر وأمثالها مما يؤكل وحده غالباً ليس بإدام بالاتفاق. وفي البيض واللحم والجبن اختلاف، جعلها محمد إداماً خلافاً لهما. لمحمد أن الإدام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه. ولهما أن الإدام ما يؤكل تبعاً في العرف والعادة. والتبعية على نوعين: حقيقية وذلك في الاختلاط لتكون قائمة به، وحكمية وهي أن لا تؤكل عُلى الانفراد، واللحم لا يختلط فلا يكون تبعاً حقيقة ويؤكل منفرداً فلا يكون تبعاً حكماً فلا يكون إداماً. وقوله: **(وتمام الموافقة بالامتزاج)** جواب عن قوله لأن الإدام من المؤادمة: يعني سلمناه ولكن المؤادمة التامة الكاملة في الامتزاج أيضاً ولم توجد في هذه الأشياء إلا أن ينويه لما فيه من التشديد، بخلاف الخل وغيره من المائعات فإنها لا تؤكل وحدها بل تشرب والملح لا يؤكل وحده ويذوب فيتبع فكان إداماً **(والعنب والبطيخ ليسا بإدام)** يعني بالاتفاق لما ذكرنا **(هو الصحيح)** كذا ذكر شمس الأئمة السرخسي. وقال بعض مشايخنا: إنه على هذا الاختلاف. وقوله: **(وإذا حلف لا يتغدى فالغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر)** قال في النهاية: هذا توسع في العبارة، ومعناه أكل الغداء والعشاء والسحور على حذف المضاف، وذلك لأن الغداء اسم لطعام الغداة لا اسم أكل. وقوله: **(ولهذا تسمى الظهر إحدى صلاتي العشاء في الحديث)** ذكر في الإيضاح في باب الحلف على الغداء فقال فإنه ورد في الحديث «أن النبي ﷺ صلى إحدى صلاتي العشاء ركعتين» يريد به الراوي الظهر أو

---

(١) (قول الكمال يسمى عشاء بكسر العين) قال في النهر: وكأنه تحريف، والصواب «عشيا» بفتح العين مع ياء بعد الشين اهـ. كذا بهامش نسخة الشيخ البحراوي. قال مصححه الفقير محمد البليبسي: هو تحريف يقيناً، فصوابه «العشي» فيه وفيما بعده، وفي حديث الصحيحين «إحدى صلاتي العشي» لا العشاء كما ظهر بالمراجعة، فليحذر ما وقع في نسخ الهداية وحواشيها من التحريف والله الهادي.

ما يقرب منه. ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة وتعتبر عادة أهل كل بلدة في حقهم، ويشترط أن يكون أكثر من

الحديث، إذ في الصحيحين من رواية أبي هريرة «صلى بنا رسول الله ﷺ إحدى صلاتي العشاء»[1] وفسرت بأنها الظهر في بعض الروايات. هذا وتفسير التغدي بالأكل من الفجر إلى آخره مذكور في التجريد. وفي الخلاصة ووقت التغدي من طلوع الشمس إلى الزوال، ويشبه كونه نقلاً عن الفتاوي الصغرى وفيها التسحر بعد ذهاب ثلثي الليل، ويوافقه ما عن محمد فيمن حلف لا يكلمه إلى السحر قال: إذا دخل ثلث الليل الأخير فكلمه لم يحنث. وقال الإسبيجابي في شرح الطحاوي: وقت الغداء من طلوع الشمس إلى وقت الزوال، ووقت العشاء من بعد الزوال إلى أن يمضي أكثر الليل، ووقت السحور من مضي أكثر الليل إلى طلوع الفجر، ثم قال: هذا في عرفهم؛ وأما في عرفنا: وقت العشاء من بعد صلاة العصر انتهى. فعرفهم كان موافقاً للغة لأن الغدوة اسم لأول النهار، وما قبل الزوال أوله فالأكل فيه تغدّ، وقد أطلق على السحور غداء في قوله ﷺ لعرباض بن سارية «هلم إلى الغداء المبارك»[2] وليس إلا مجازاً لقربه من الغداة، وكذا السحور لما كان لا يؤكل في السحر والسحر من الثلث الأخير سمي ما يؤكل في النصف الثاني لقربه من الثلث الأخير سحوراً بفتح السين والأكل فيه تسحراً، والتضحي الأكل في وقت الضحى ويسمى الضحاء أيضاً بالفتح والمد، ووقت الضحى من حين تحل الصلاة إلى أن نزول، وأصل هذه في مسائل القضاء. قال السرخسي فمن حلف ليعطين فلاناً حقه ضحوة: فوقت الضحوة من حين تبيض الشمس إلى أن تزول، وإن قال: عند طلوع الشمس أو حتى تطلع فله من حين تطلع إلى أن تبيض لأن صاحب الشرع نهى عن الصلاة عند طلوع الشمس، والنهي يمتد إلى أن تبيض. والمساء مساءان أحدهما ما بعد الزوال، والآخر بعد غروب الشمس، فأيهما نوى صحت نيته، وعلى هذا لو حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي ولا نية له فهو على غيبوبة الشمس لأنه لا يمكن حمل اليمين على المساء الأول فيحمل على المساء الثاني وهو ما بعد الغروب، وذكر الولوالجي: والضحوة بعد طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلاة إلى نصف النهار، والتصبيح ما بين طلوع الشمس إلى ارتفاع الضحوة: يعني الكبرى لأنه من الإصباح وهذا يعرف بتسمية أهل اللغة. ولو حلف ليأتينه غدوة بعد طلوع الفجر إلى نصف النهار قوله: (ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة) وكذا السحور، فلو أكل لقمة ولقمتين أو أكثر مما لم يبلغ نصف الشبع لا يحنث بحلفه ما تغديت

العصر. وقوله: (وتعتبر عادة أهل كل بلد في حقهم) يعني إن كانت خبزاً فخبز، وإن كانت لحماً فلحم، حتى أن الحضري إذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث، والبدوي بخلافه، لأنه غذاء في البادية. وقوله: (ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشبع) رواه المعلى عن أبي يوسف وهو صحيح لأن من أكل لقمة أو لقمتين يصح أن يقول ما تغديت وما تعشيت (ومن قال إن

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٢٢٩ ومسلم ٥٧٣ وأبو داود ١٠٠٨ والنسائي ٣/ ٣٠٠ والترمذي ٣٩٩ والدارمي ١٤٦٨ وابن ماجه ١٢١٤ كلهم عن ابن سيرين عن أبي هريرة قال: «صلى بنا رسول الله ﷺ إحدى صلاتي العشيّ إما الظهر وإما العصر فسلم في ركعتين..» الحديث وهو خبر سهوه ﷺ في الصلاة.

قال النووي في شرح مسلم: قال الأزهري: العشيّ عند العرب ما بين زوال الشمس وغروبها اهـ. تنبيه: وقع للمصنف: «إحدى صلاتي العشاء» وليس كذلك، وإنما هو العشيّ. كما في البخاري ومسلم.

(٢) جيد. أخرجه أحمد ٤/ ١٢٦ من حديث العرباض بن سارية وكذا أبو داود ٢٣٤٤ كلاهما من طريق أبي رُهْم عن العرباض به.

وله شواهد قال الهيثمي في المجمع ٣/ ١٥١: روى أبو يعلى بسنده عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «قرّبي إلينا الغذاء المبارك. يعني السحور» اهـ ورجاله ثقات. وروى الطبراني في الكبير عن أبي الدرداء قال: قال رسول الله ﷺ: «تسحروا في آخر الليل وكان يقول: هو الغداء المبارك» اهـ.

فالحديث قوي لشواهده.

نصف الشبع (ومن قال إن لبست أو أكلت أو شربت فعبدي حرّ، وقال عنيت شيئاً دون شيء لم يدين في القضاء وغيره) لأن النية إنما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصاً والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه

ولا تعشيت ولا تسحرت. ويرد أنه ﷺ قال في رواية الترمذي: «تعشوا ولو بكف من حشف فإن ترك العشاء مهرمة»(١) ومعلوم أن كفاً من حشف لا يبلغ في العادة نصف الشبع. وأجيب بأن العرف الطارىء يفيد أنه مع الشبع للقطع بقولهم ما تغديت اليوم أو ما تعشيت البارحة وإن كان أكل لقمة أو لقمتين وكذا يعتبر في الغداء وأخويه في حق أهل كل بلد ما يعتادونه من مأكولهم، فلو كان عادتهم أكل الخبز في الغداء أو اللحم أو اللبن ينصرف إليه حتى أن الحضري إذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث، والبدوي يحنث لأنه غذاء أهل البادية، ولو أكل غير الخبز من أرز أو تمر أو غيرهما مما هو غير معتاد التغدي به حتى شبع لم يحنث أيضاً قوله: (ومن قال إن لبست أو أكلت أو شربت فعبدي حرّ وقال نويت شيئاً دون شيء) من الملبوس أو المأكول أو المشروب في إن أكلت وإن شربت لم تصح نيته لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى، فأي شيء أكل أو لبس أو شرب حنث. وعند الشافعي تصح نيته ديانة، وهو رواية عن أبي يوسف، واختارها الخصاف لأن النية إنما تصح في الملفوظ لتعيين بعض محتملاته. والثوب في إن لبست والمأكول والمشروب في إن أكلت وإن شربت غير مذكور تنصيصاً فلم تصادف النية محلها فلغت. فإن قيل: إن لم يكن مذكوراً تنصيصاً فهو مذكور تقديراً وهو كالمذكور تنصيصاً. أجيب بأن تقديره لضرورة اقتضاء الأكل مأكولاً، وكذا اللبس والشرب، والمقتضى لا عموم له عندنا، ولأن ثبوته ضروري فيتقدر بقدرها والضرورة في تصحيح الكلام، وتصحيحه لا يتوقف إلا على مأكول لا على مأكول هو كذا فلا تصح إرادته، فمبنى الخلاف في هذه الفروع بيننا وبين الشافعي الاختلاف في أن المقتضى لا عموم له أو له عموم على ما ذكروا، أما لو قال: إن لبست ثوباً أو أكلت طعاماً أو شربت شراباً وقال: عنيت شيئاً دون شيء فإنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء، لأنه ذكر اللفظ العام القابل للتخصيص فصحت نيته، وهذا لأنه نكرة في سياق الشرط فتعم لمآلها إلى كونها في سياق النفي بسبب أن الشرط المثبت في اليمين يكون الحلف على نفيه لأن المعنى نفي لبس الثوب فكأنه قال: لا ألبس ثوباً إلا أنه خلاف الظاهر فلا يقبله القاضي منه. فإن قيل: يعتبر تخصيصاً للمصدر المدلول عليه بالفعل فإنه مذكور بذكر الفعل على ما عرف في الطلاق. أجيب بأن المصدر أيضاً ضروري للفعل والضرورة مندفعة بلا تعميم، وهذا يخالف ما تقدم في مسئلة طلقي نفسك حيث جعل المصدر مذكوراً بذكر الفعل فقبل العموم حتى صحت نية الثلاث، بل الحق على هذا أنه عام، وكما قلتم في قوله: إن خرجت فعبدي حرّ ونوى السفر مثلاً يصدق ديانة فلا يحنث بالخروج إلى غيره تخصيصاً لنفس الخروج، بخلاف ما لو نوى الخروج إلى مكان خاص كبغداد حيث لا يصح لأن المكان غير مذكور، فكذا يراد

....

---

(١) ضعيف. أخرجه الترمذي ١٨٥٦ والشهاب القضاعي ٤٨٧/ ٧٣٥ وابن عدي ٥/ ٢٦٢ وابن الجوزي في الموضوعات ٣/ ٣٦ وابن أبي حاتم في علله ٢/ ١١ كلهم من حديث أنس.

قال الترمذي: حديث منكر لا نعرفه إلا من هذا الوجه وعنبسة يضعف في الحديث، وشيخه عبد الملك بن علاّق مجهول.

واكتفى ابن أبي حاتم بقوله: قال أبو زرعة هذا حديث ضعيف، ولم يقرأ علينا.

وأما ابن الجوزي فقال: عنبسة بن عبد الرحمن القرشي قال عنه يحيى: ليس بشيء. وقال أبو حاتم الرازي: كان يضع الحديث. وقال ابن حبان: لا أصل لهذا الحديث.

وله طريق آخر فقد أخرجه ابن ماجه ٣٣٥٥ من حديث جابر بنحوه.

قال البوصيري في الزوائد: فيه إبراهيم بن عبد السلام ضعيف اهـ.

وكذا ضعفه الحافظ في التقريب، فالحديث واهٍ.

(وإن قال إن لبست ثوباً أو أكلت طعاماً أو شربت شراباً لم يدين في القضاء خاصة) لأنه نكرة في محل الشرط فتعم

تخصيص فعل الأكل، وهكذا قولكم: فيما إذا حلف لا يساكن فلاناً ونوى المساكنة في بيت واحد أنه يصح، وهو تخصيص للمصدر المضمون للفعل. قلنا: ذلك المصدر وإن عم بسبب أنه في سياق النفي لأن الفعل في سياقه، لكنه لا يقبل التخصيص لأن عمومه ضرورة تحقق الفعل في النفي، فإنه لا يتحقق في خصوص محله الخاص: أعني بعد لفظة لا في لا آكل إلا بتحقق ذلك المصدر هناك، وما ليس ثبوته إلا ضرورة أمر لا يثبت باعتبار غيره، ولا يثبت ما هو زائد عليه. ومعلوم أن من ضرورة ثبوت الفعل في النفي ثبوت المصدر العام، وليس من ضرورة ثبوت الفعل ثبوت التصرف بالتخصيص فلا يقبله، بخلاف إن أكلت أكلاً فإن الاسم حينئذ مذكور صريحاً فيقبل نية التخصيص؛ ولا يشكل الفرق لأن أكلا المذكورين ليس عين الأكل الضمني للفعل الضروري الثبوت فقام المذكور مقام الاسم وقبل التخصيص. وأما مسئلة الخروج فقد أنكرها القضاة الأربعة القاضي أبو الهيثم والقاضي أبو خازم والقاضي القمي والقاضي أبو طاهر الدباس، وحملوا ما روي عن محمد فيها على ما لو قال: إن خرجت خروجاً وكأنها سقطت من الكاتب. ومن التزمها أجاب بأن الخروج في نفسه متنوّع إلى سفر وغيره حتى اختلفت أحكامهما فقبلت إرادة أحد نوعيه وبه أجيب عن مسئلة المساكنة، فإنها متنوعة إلى كاملة وهي المساكنة في بيت واحد، ومطلقة وهي ما تكون في دار، فإرادة المساكنة في بيت إرادة أخص أنواعها، وهذا بخلاف ما إذا حلف لا يغتسل أو لا ينكح ثم قال: عنيت من جنابة أو امرأة دون امرأة لا يصدق قضاء ولا ديانة، لأن الاغتسال غير متنوّع لأنه عبارة عن إمرار الماء والتنوع في أسبابه، وكذا لا يسكن دار فلان وقال: عنيت بأجر ولم يسبق قبل ذلك كلام بأن استأجرها منه أو استعارها فأبي فحلف ينوى السكنى بالإجارة أو الإعارة لا يصح حتى لو سكنها بغير أجر حنث، بخلاف ما لو حلف لا يسكن داراً اشتراها فلان وعنى اشتراها لنفسه فإنه يصدق لأنه أحد نوعي الشراء لأنه متنوع إلى ما يوجب الملك للمشتري وما يوجبه لغيره. فتصح نية أحد النوعين، بخلاف السكنى نفسها لأنها لا تتنوّع لأنها ليست إلا الكينونة في الدار على وجه القرار، وإنما تختلف بالصفة ولا يصح تخصيص الصفة لأنها لم تذكر بخلاف الجنس، وكذا لو حلف لا يتزوّج امرأة ونوى كوفية أو بصرية لا يصح لأنه تخصيص الصفة، ولو نوى حبشية أو عربية صحت فيما بينه وبين الله تعالى لأنه تخصيص في الجنس كأن الاختلاف بالنسبة إلى الآباء اختلاف بالجنس وبالنسبة إلى البلاد اختلاف بالصفة، وكأن السرّ في ذلك والله أعلم أن ذكر لفظ امرأة أو رجل عين ذكر ولد له آباء إلى آدم فكأنه قال كل من كان لها أب من ولد آدم وأراد بعض الآباء دون بعض وليس الصفات مذكورة بعين ذكر ولد آدم وإن كان لا يخلو الموجود عن صفة فثبوتها مقتضى الوجود لا اللفظ: والحق أن الأفعال الخارجية لا تتصور أن تكون إلا نوعاً واحداً، لا فرق في ذلك بين الغسل ونحوه، ولا بين الخروج ونحوه من الشراء، فكما أن اتحاد الغسل بسبب أنه ليس إلا إمرار الماء كذلك الخروج ليس إلا قطع المسافة غير أنه يوصف بالطول والقصر في الزمان فلا تصير منقسمة إلى نوعين إلا باختلاف الأحكام شرعاً، فإن عند ذلك علمنا اعتبار الشرع إياها كذلك كما في الخروج المختلف الأحكام في السفر وغيره والشراء لنفسه وغيره فإنه مختلف حكمهما فيحكم بتعدد

أكلت أو شربت أو لبست فعبدي حرّ وقال عنيت شيئاً دون شيء لم يصدق قضاء) ولا ديانة **(لأن النية إنما تصح في الملفوظ)** لأنها لتعيين بعض محتملات اللفظ **(والثوب وما يضاهيه غير ملفوظ)** فلا تصح نيته. فإن قيل: هب أنه غير ملفوظ تنصيصاً أليس أنه ثابت مقتضى والمقتضى كالملفوظ؟ أجاب بقوله: **(والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه)** فإن قيل: المقتضى أمر شرعي وافتقار الأكل إلى الطعام ليس كذلك لأنه يعرفه من لم يعرف الشرع. قلنا: يجوز أن يكون المصنف اختار ما اختاره بعض المحققين من أن المقتضى هو الذي لا يدل عليه اللفظ ولا يكون منطوقاً به، لكن يكون من ضرورة اللفظ أعم من أن يكون شرعياً أو عقلياً. فإن قيل: سلمنا ذلك لكن ما الفرق بين هذا وبين ما إذا قال إن خرجت فعبدي حرّ ونوى السفر فإنه يصدق ديانة مع أن

فعملت نية التخصيص فيه إلا أنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء. (ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعاً) عند أبي حنيفة وقالا: إذا شرب منها بإناء يحنث لأنه متعارف المفهوم. وله أن كلمة من

النوع في ذلك، ولا يخفى أن المساكنة والسكنى ليس فيهما اختلاف أحكام الشرع لطائفة منهما بالنسبة إلى طائفة أخرى وكل في نفسه نوع لأن الكل قرار في المكان. ثم اعلم أن التحقيق أن المفعول في لا آكل ولا ألبس ليس من باب المقتضى لأن المقتضى ما يقدر لتصحيح المنطوق وذلك بأن يكون الكلام مما يحكم بكذبه على ظاهره مثل «رفع الخطأ والنسيان»[1] أو بعدم صحته شرعاً مثل أعتق عبدك عني وليس قول القائل: لا آكل يحكم بكذب قائله بمجرده ولا متضمناً حكماً لا يصح شرعاً. نعم المفعول: أعني المأكول من ضروريات وجود فعل الآكل، ومثله ليس من باب المقتضى وإلا كان كل كلام كذلك إذ لا بد أن يستدعي معناه زماناً ومكاناً، فكان لا يفرق بين قولنا: الخطأ والنسيان مرفوعان، وبين قام زيد وجلس عمرو، فإنما هو من باب حذف المفعول اقتصاراً وتناسياً، وطائفة من المشايخ وإن فرقوا بين المقتضى والمحذوف وجعلوا المحذوف يقبل العموم، فلنا أن نقول: عمومه لا يقبل التخصيص، وقد صرح من المحققين جمع بأن من العمومات ما لا يقبل التخصيص مثل المعاني إذا قلنا: بأن العموم من عوارض المعاني كما هو من عوارض الألفاظ وغير ذلك، فكذلك هذا المحذوف إذ ليس في حكم المنطوق لتناسيه وعدم الالتفات إليه، إذ ليس الغرض إلا الإخبار بمجرد الفعل على ما عرف من أن الفعل المتعدي قد ينزل منزلة اللازم لما قلنا والاتفاق على عدم صحة التخصيص في باق المتعلقات من الزمان والمكان، حتى لو نوى لا يأكل في مكان دون آخر أو زمان لا تصح نيته بالاتفاق. ومن صور تخصيص الحال أن يقول: لا أكلم هذا الرجل وهو قائم ونوى في حال قيامه فنيته لغو بخلاف ما لو قال: لا أكلم هذا الرجل القائم فإن نيته تعمل فيما بينه وبين الله تعالى، والفرق بأن المفعول في حكم المذكور إذ لا يعقل الفعل إلا بعقليته ممنوع بل تقطع بتعقل معنى المتعدي بدون إخطاره، فإنما هو لازم لوجوده لا مدلولاً للفظ. هذا، وكون إرادة نوع ليس تخصيصاً من العام مما يقبل المنع لأنه لا يخرج عن قصر عام على بعض متناولاته، وأقرب الأمور إليك قوله «لا تقتلوا النساء والصبيان»[2] تخصيص لاقتلوا المشركين، والنساء نوع مندرج تحت المشركين، ومعنى تخصيص النوع ليس إلا إخراج جميع أفراده كما نحن فيه تخصيص السفر تخصيص كل ما يصدق عليه اسم السفر فتستمر الإشكال في يمين المساكنة والخروج وقد أنكر هذه من ذكرنا. ولا يجاب بما ذكر في الذخيرة جواباً عن إيراد قائل لو صحت نية الشراء لنفسه فمن حيث أنه بيان نوع لا بيان تخصيص كان يجب أن يصدق في القضاء كما في الخروج، وكما في قوله: أنت بائن قلنا نية الشراء لنفسه بيان نوع من وجه وتخصيص عام من وجه في حق الحقوق لأن الشراء لنفسه ولغيره سواء في حق الحقوق، فمن هذا الوجه هو شيء واحد وله عموم، فإذا نوى أحدهما كان تخصيصاً، ولكن في حق الملك بيان نوع لأنهما مختلفان في حق الملك فوفرنا على الشبهين حظهما فقلناه: من حيث أنه بيان نوع يصح هذا البيان فيما بينه وبين الله تعالى وإن لم يكن الاسم ملفوظاً، ومن حيث أنه تخصيص لم يجز في القضاء. وهذا بخلاف قوله: أنت بائن يصح نية أي أنواع البينونة شاء من عصمة النكاح وغيرها لأن الأعم في الإثبات لا يعم استغراقاً، بخلافه في النفي لو قلت: رأيت رجلاً لا يعم أصناف الرجال استغراقاً بخلاف ما رأيت رجلاً قوله: **(ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعاً)** أي يتناول بفمه من نفس النهر **(عند أبي**

السفر أو الخروج غير مذكور لفظاً وبينه وبين ما إذا حلف لا يساكن فلاناً ونوى به أن لا يساكنه في بيت واحد فإن النية صحيحة مع أن المسكن غير مذكور لفظاً، حتى لو سكن معه في الدار لا يحنث. أجيب بأن الأولى ممنوعة منعها القضاة الأربع أبو هشيم وأبو خازم وأبو طاهر الدباس والقاضي القمي. ولئن سلم فقوله إن خرجت ولا يساكن فعلان يدلان على المصدر لغة، وقد وقع الثاني

---

(١) تقدم تخريجه مستوفياً، وهو خبر واهٍ.

(٢) يأتي في المغازي والسير ورد في عدة أحاديث قوية.

للتبعيض وحقيته في الكرع وهي مستعملة، ولهذا يحنث بالكرع إجماعاً فمنعت المصير إلى المجاز وإن كان متعارفاً **(وإن حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها بإناء حنث)** لأنه بعد الاغتراف بقي منسوباً إليه وهو الشرط فصار كما إذا

حنيفة): يعني إذا لم تكن له نية، أما إذا نوى بإناء حنث به إجماعاً، وقالا: **(إن شرب منها كيفما شرب بإناء)** أو بيده أو كرعاً **(حنث)** لا فرق بين ذلك وبين قوله: من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب من مائها بإناء أو كرعاً في دجلة أو نهر آخر يأخذ من دجلة لأن نسبة الماء إليها ثابتة في جمع هذه الصور. وقولهما قول الشافعي وأحمد؛ وجهه أنه هو المتعارف المفهوم من قولنا: شربت من دجلة، وهو إن كان مجازاً إما مجاز حذف، أي من ماء دجلة، أو مجاز علاقة بأن يعبر بدجلة عن مائها وهو أولى من مجاز الحذف لأكثريته بالنسبة إليه ولشهرة جرى النهر مقررين له بأن علاقته المجاورة، ثم هو أشهر من أن يراد به نفس الكرع فيصرف إليه فيعم الكرع وغيره، كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول كيفما كان، بخلاف ما لو استلقى وأدخل قدميه فقط لا يحنث لأن هذا ليس دخولاً واليمين انعقدت عليه. وله أن المعنى الحقيقي للكلام الكرع وهو مستعمل للعرب وأهل العرف لأن كثيراً من الرعاء وغيرهم من أهل العرف يفعلونه.

وروي عنه عليه الصلاة والسلام «أنه أتى قوماً فقال: هل عندكم ماء بات في شن وإلا كرعنا»[١] وإذا كان المعنى الحقيقي مستعملاً كانت الحقيقة مستعملة فينعقد عليها اليمين لأن الحقيقة لما لم تهجر كانت أولى من المجاز، ولهذا يحنث بالكرع إجماعاً، إلا أنهما يقولان: حنث به باعتبار أنه من أفراد المجاز لاباعتبار آرادة الحقيقة بذلك فلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا إهدار هذا القسم، وإنما قلنا: إن الكرع حقيقة اللفظ لأن من هنا لابتداء الغاية، فالمعنى ابتداء الشرب من نفس دجلة، وذلك إنما يكون بوضع الفم عليها نفسها، فإذا وضع الفم على يده أو كوز ونحوه فيه ماؤها لم يصدق حقيقة اللفظ وهو وضع فمه على نفسها، وأما ما في الهداية من أنها للتبعيض فإنما يصلح توجيهاً لقولهما: لأن المعنى حينئذ لا أشرب بعض ماء دجلة، إذ لو أريد حقيقة دجلة لم يكن للكلام معنى لأن نفس دجلة وهو الأرض المشقوقة نهرا ليس مما يشرب، ولو أريد مجاز دجلة وهو ماؤها صحت للتبعيض ويصير المراد لا أشرب من ماء دجلة وهو نفس قولهما: فيحنث بالكرع وغيره لأنه ماء دجلة، وعلى هذا فيتجه قولهما بعد الوجه المشهور: وفي تقدم المجاز المتعارف، وهو أن الكلام عند عدم قرينة إرادة المعنى الأصلي انصرف إلى المشهور منه وإن جعلت من للبيان بأن يقال: وضع الفم على نفس دجلة لا يفعل[٢] وهو الحقيقة على تقدير كونها للابتداء فلزم أن يراد بلفظ دجلة ماؤها، وحينئذ جاز أن تكون من للتبعيض. فالمعنى: لا يشرب بعض ماء دجلة، أو للابتداء والمعنى: لا يكون ابتداء الشرب من ماء دجلة فيحنث بشرب مائها كرعاً وغيره. وأما الاستدلال له بقوله تعالى ﴿إن الله مبتليكم بنهر فمن شرب

في صريح النفي والأول في معناه فتناولا بعمومهما الخروج في السفر والسكن فجاز تخصيصهما إلا أنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء.

(ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعاً) أي حتى يضع فاه على دجلة بعينها ويشرب يقال كرع في الماء إذا مد عنقه نحوه ليشرب منه ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لأنه فعل البهيمة تدخل فيه أكارعها، والكراع مستدق

---

(١) أخرجه أحمد ٣/ ٣٥٥ من حديث جابر ورجاله ثقات سوى فُليح بن سليمان، وهو من رجال الستة إلا أن الحافظ قال في التقريب: صدوق كثير الخطأ. فالحديث حسن.

(٢) (قول الكمال لا يفعل) أي لأن إرادة وضع الفم على نفس أجزاء النهر منتف كما سيأتي كذا بهامش.

. . . .

منه﴾ إلى قوله ﴿إلا من اغترف غرفة بيده﴾ [البقرة ٢٤٩] من جهة أنه يفيد أن ما باليد يخالف الشرب منه فغلط، وهو بناء على أنه استثناء منقطع، والاتصال أولى إذا أمكن وهو ممكن بل المعنى عليه، فإن المراد أنهم ابتلوا بترك الشرب من النهر شرب كفاية وريّ، فإن حاصل المعنى من شرب منه مطلقاً قليلاً أو كثيراً كافياً فليس مني إلا من شرب منه قدر كفه تحقيقاً بأن اغترفها. والذي انتظم عليه رأي أصحابنا في الدرس في توجيه قول أبي حنيفة رحمه الله: إن اسم الدجلة على قول: الكل حقيقة في نفس النهر دون الماء، وإرادة وضع فمه على نفس أجزائه منتف، فالمراد ليس إلا وضعه على الماء الكائن فيها، وحينئذ جاز كون الاسم حقيقة فيه مشتركاً أو مجازاً، فإن فرض مشتركاً فلا إشكان أن حقيقة اللفظ: أعني مجموع التركيب بوضع الفم في مائها حال كونه في خصوص ذلك المحل وإن فرض مجازاً في هذا الماء؛ فمعنى قوله: للفظ حقيقة مستعملة الخ أن التركيب حقيقة في وصل المعنى الحقيقي للا أشرب بالمعنى المجازي لدجلة وهو الماء الكائن في النهر الخاص وحينئذ جاز كون من للتبعيض، والمعنى: لا أشرب بعض دجلة: أي الماء الخاص في المكان الخاص، فظهر إمكان كونها للتبعيض مع صحة قوله للفظ: أي التركيب حقيقة مستعملة هي الشرب من نفس الماء الكائن في المكان الخاص ثم يترجح مجازه في المفرد: أعني دجلة المستعمل في مائها بقيد كونه في نفس النهر على مجازهما وهو دجلة في مائها لا بهذا القيد حتى حنث بالشرب منه بإناء ومن نهر صغير يأخذ منها بأنه مجاز أقرب إلى الحقيقة: أعني دجلة بمعنى النهر. ونظير المسئلتين ما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصبّ الماء الذي فيه في كوز آخر فشرب منه لا يحنث بالإجماع. ولو قال: من ماء هذا الكوز فصبّ في كوز آخر فشرب منه حنث بالإجماع. وكذا لو قال: من هذا الحبّ أو من ماء هذا الحب فنقل إلى حب آخر. ولو قال: من هذا الحبّ أو من هذا البئر قال أبو سهل الشرعي: لو كان الحبّ أو البئر ملآن فيمينه على الكرع عند أبي حنيفة رحمه الله لإمكان العمل بالحقيقة، وعندهما على الاغتراف. وينبغي أن يقال: على ما هو أعم من الاغتراف، وإن لم يكن ملآن فيمينه على الاغتراف. ولو تكلف في هذه الصورة وكرع من أسفل الحب والبئر اختلفوا، والصحيح أنه لا يحنث لعدم العرف بالكرع في هذه الحالة.

[فروع] لو قال: لا أشرب من الفرات فشرب من نهر أخذ منه لم يحنث إجماعاً، أما عنده، فلأن يمينه على الكرع، وأما عندهما فلأنه مثل الفرات في إمساك الماء فيقطع النسبة فخرج عن عموم المجاز. أما لو قال: لا أشرب ماء الفرات فشرب من نهر أخذ منه حنث لأن يمينه على ماء منسوب إلى الفرات، والنسبة لا تنقطع بالأنهار الصغار. قال: لا أشرب ماء فراتاً يحنث بكل ماء عذب في أي موضع كان. لو حلف لا يشرب من ماء المطر فجرت الدجلة بماء المطر فشرب لم يحنث. ولو شرب من ماء واد سال من المطر ولم يكن فيه ماء قبل ذلك أو من ماء مطر مستنقع حنث. ولو حلف لا يشرب من هذا الماء فانجمد فأكله لا يحنث، فإن ذاب فشرب حنث. قال الفقيه أبو الليث: هذا بمنزلة ما إذا حلف لا يجلس على البساط فجعله خرجاً فجلس عليه لا يحنث، فإن فتقه فصار بساطاً فجلس عليه حنث. وفي فتاوى محمد بن الوليد: لا يحنث إذا شربه لانقطاع النسبة الأولى لانتسابه إلى الجمد، ولو كان في الحلّ حنث لأن النسبة لا تنقطع. ولو حلف لا يشرب من وسط دجلة فوسطه ما لم يطلق عليه إسم الشط وذلك قدر ثلث النهر أو ربعه، والظاهر أن هذا لا يتأتى في النيل لأن الشط ينتفي قبل الربع أيضاً لسعته. ومن حلف لا يشرب نبيذاً فهو المسكر من ماء

. . . .

شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة (ومن قال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث، فإن كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يحنث، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يحنث في ذلك كله) يعني إذا مضى اليوم، وعلى هذا الخلاف إذا كان اليمين بالله تعالى. وأصله أن من شرط انعقاد اليمين وبقائه تصور البرّ عندهما خلافاً لأبي يوسف لأن اليمين إنما تعقد للبرّ فلا بد من تصور البرّ ليمكن إيجابه. وله أنه أمكن القول بانعقاده موجباً للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة. قلنا: لا بد من تصور الأصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجباً للكفارة (ولو كانت اليمين مطلقة؛ ففي الوجه الأول لا يحنث عندهما، وعند أبي يوسف يحنث في الحال، وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعاً) فأبو يوسف فرّق بين المطلق والموقت. ووجه الفرق أن

العنب ولو مطبوخاً لأن الصالحين يسمونه شارب خمر، ولو نوى المسكر يحنث بكل مسكر. ولو حلف لا يشرب شراباً حنث بشرب الماء والنبيذ. وكذا بالمسمى عندنا أقسمة وفقاعاً لا يشرب الخل والسمن والزيت والعسل. وقيل: لا يحنث بالماء وهو الظاهر لأن العرف في اسم الشراب لغير الماء ويحنث بشرب اللينوفر. وقيل: لا يقع على المتخذ من الحبوب. حلف لا يشرب بغير إذن فلان فأعطاه فلان ولم يأذن بلسانه. في الخلاصة ينبغي أن يحنث، وهذا دليل الرضا وليس بإذن. ولو حلف لا يشرب خمراً فمزجها بغير جنسها كالأقسمة ونحوه يعتبر بالغالب، وإنما تعرف الغلبة باللون والطعم فيعتبر الغالب منهما، كذا روي عن أبي يوسف في النوادر فيما إذا حلف لا يشرب لبناً فصبّ عليه ماء وشربه يحنث إن كان اللون لون اللبن ويوجد طعمه، وإن كان لون الماء لا يحنث. وعن محمد تعتبر الغلبة من حيث القلة والكثرة بالأجزاء، وإن كان سواه حنث استحساناً. وأما إذا خلطه بجنسه بأن حلف على لبن بقرة فخلطه بلبن بقرة أخرى؛ فعند أبي يوسف هو كالجنسين يعتبر الغالب، وعند محمد يحنث بكل حال الجنس عنده لا يغلب الجنس بل بجنسه، وهذا الخلاف فيما يمتزج بالمزج، أما فيما لا يمتزج كالدهن يحنث بالاتفاق إذا عقد يمينه على الدهن قوله: (ومن قال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث، وإن كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يحنث، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) سواء علم وقت الحلف أن فيه ماء أو لم يعلم وقال: (أبو يوسف رحمه الله يحنث في ذلك كله إذا مضى اليوم، وعلى هذا الخلاف إذا كان اليمين بالله تعالى وأصله)

الساق، وهذا (عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا: إذا شرب منها بإناء حنث) ومبناه على أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده وعندهما بالعكس، أما كون المجاز متعارفاً فظاهر، فإن المفهوم من قولهم أهل فلان يشربون من دجلة أنهم يشربون من مائها، وأما أن الحقيقة مستعملة: فلأن الناس يكرعون من الأنهار والأودية، وقد قال النبي ﷺ لقوم نزل عندهم «هل عندكم ماء بات في شن، وإلا كرعنا» ولهذا إذا كرع حنث بالإجماع. فإن قيل: لا نسلم أن الحنث في الكرع باعتبار كون الحقيقة مستعملة بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما في قوله لا يضع قدمه في دار فلان فحينئذ يجب أن يحنث بالشرب بالإناء وغيره لأن الحكم في عموم المجاز كذلك. فالجواب أن المصير إلى عموم المجاز إنما يكون بعد تعذر الحقيقة أو هجرانها، وقد دل الدليل على كونها مستعملة فلا مصير إليه. وقوله: (ولو حلف لا يشرب من ماء دجلة) ظاهر. قال: (ومن قال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث) علم عدم الماء في الكوز أو لم يعلم (فإن كان فيه ماء فأهريق قبل

قال المصنف: (ومن قال إن لم أشرب إلخ) أقول: وإن كان يعلم أنه لا ماء في الكوز ينعقد عند الثلاثة، كذا في البدائع. وفيه أيضاً: وعلى هذا الخلاف إذا قال والله لأقتلن فلاناً وفلان ميت وهو لا يعلم موته لا ينعقد عندهم خلافاً لأبي يوسف، وإن كان عالماً بموته ينعقد عندهم خلافاً لزفر اهـ. وسيجيء من المصنف في باب اليمين في القتل والضرب أن الصحيح أنه ليس في مسئلة الكوز تفصيل العلم قوله: (واعترض على وجههما بأن البر متصور في صورة الإراقة لأن إعادة القطرات المهراقة ممكنة إلخ) أقول: كما إذا صب في إناء آخر لا في الأرض وفيه تأمل قوله: (وأجيب بأن البر، إلى قوله: لا يسع فيه غيره) أقول: ضمير غيره راجع إلى البر.

التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل إلا في آخر الوقت فلا يحنث قبله، وفي المطلق يجب البرّ كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرّقا بينهما. ووجه الفرق أن في المطلق يجب البرّ كما فرغ، فإذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه كما إذا مات الحالف والماء باق؛ أما في المؤقت فيجب البرّ في الجزء الأخير من الوقت وعند ذلك لم

أي أصل هذا الخلاف أن تصوّر البر شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت ولبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما إلى وقت وجوب البرّ، وهو قول مالك ووجه عند الشافعية، وعند أبي يوسف لا يشترط تصوّر البر في انعقاد اليمين المطلقة ولا لبقاء المقيدة، وهو وجه آخر للشافعية. ومما ابتنى على الخلاف: لو حلف ليقتلن زيداً اليوم فمات زيد قبل مضي اليوم لا حنث عندهما، ويحنث عند أبي يوسف في آخر جزء من اليوم، وكذا لو حلف ليقتلنه وهو ميت والحالف جاهل بموته لا يحنث عندهما خلافاً له، وإنما شرطنا جهله بموته عندهما لأنه لو كان عالماً بموته انعقدت وحنث بالاتفاق لأن اليمين انعقدت على إزالة حياة يحدثها الله فيه، بخلاف ما إذا لم يكن عالماً لأنه عقدها على حياته القائمة في ظنه والواقع انتفاؤها فكان البرّ غير متصور كمسئلة الكوز فإنه وإن أمكن إحداث الله تعالى الماء فيه لكنه ماء آخر غير المحلوف عليه، فإن الحلف كان على الماء الكائن فيه حال الحلف ولا ماء فيه إذ ذاك فلذا لا ينعقد عندهما. وكذا إذا حلف ليأكلن هذا الرغيف اليوم فأكل قبل الليل ليقضين فلاناً دينه غدا وفلان قد مات ولا علم له أو مات أحدهما قبل مضي الغد أو قضاه قبله أو أبرأه فلان قبله لم تنعقد عندهما وانعقدت عند أبي يوسف رحمه الله. وكذا لو قال لزيد: إن رأيت عمراً فلم أعلمك فعبدي حرّ فرآه زيد فسكت ولم يقل: شيئاً أو قال: هو عمر ولا يعتق عندهما لفوات الإعلام فلم تبق اليمين. وعنده يعتق لبقاء اليمين وفوات المعقود عليه. وكذا إذا حلف لا يعطيه حتى يأذن فلان فمات فلان ثم أعطاه لم يحنث خلافاً له، وكذا ليضربنه أو ليكلمنه. وجه قولهما: إن اليمين إنما تعقد للبر حملاً أو منعاً أو لإظهار معنى الصدق فكان محلها خبراً يمكن فيه البرّ، فإذا لم يكن فات محلها ولا انعقاد إلا في محلها، وإذا لم تنعقد فلا حنث، ولأبي يوسف أنه أمكن اعتبارها منعقدة للبرّ على وجه يظهر في الخلف وهو الكفارة كما قلنا: في الحلف على مس السماء أو ليقلبنّ هذا الحجر ذهباً حيث ينعقد مع استحالته عادة، ثم يحنث في الحال لما قلنا. قلنا: لا بد من تصور الأصل لينعقد في حق الحلف لأنه فرع الأصل فينعقد أولاً في حقه ثم ينتقل إلى الخلف للعجز الظاهر، ولذا لم تنعقد الغموس موجبة للكفارة حيث كان للبرّ مستحيلاً فيها، ولو كانت اليمين مطلقة عن الوقت بأن لم يذكر اليوم ففي الوجه الأول، وهو ما إذا لم يكن في الكوز ماء لا يحنث عندهما لعدم انعقادها لعدم تصور البرّ، وعند أبي يوسف يحنث

الليل لم يحنث عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يحنث في ذلك كله) أي فيما إذا كان فيه الماء وفيما لم يكن، وما ذكر من الوجه للجانبين فواضح. واعترض على وجههما بأن البرّ متصور في صورة الإراقة، لأن إعادة القطرات المهراقة ممكنة فكان متصوراً. وأجيب بأن البرّ إنما يجب في هذه الصورة في آخر جزء من أجزاء اليوم بحيث لا يسع فيه غيره فلا يمكن القول فيه بإعادة الماء في الكوز وشربه في ذلك الزمان. وقوله: (ولو كانت اليمين مطلقة) أي عن ذكر اليوم (ففي الوجه الأول) يعني فيما إذا لم يكن في الكوز ماء (لا يحنث عندهما، وعنده يحنث في الحال. وفي الوجه الثاني) وهو أن يكون فيه ماء فأهريق (يحنث في قولهم جميعاً. فأبو يوسف فرق) في الوجه الأول وهو الذي لم يكن في الكوز ماء بين المطلق عن ذكر اليوم بين المؤقت به، فقال في المطلق إنه يحنث في الحال، وفي المؤقت يتوقف حنثه إلى آخر اليوم إلى غيبوبة الشمس. ووجهه ما ذكر أن التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل إلا في آخر الوقت فلا يحنث قبله، وهذا لأن اليمين متى عقدت على فعل لا يمتد مؤقتة بوقت ممتد يتعين الجزء الأخير للانعقاد لأن الوقت ظرف له فيلزم في جزء منه ويتعين آخره، وفي المطلق يجب البرّ كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال، كذا في بعض الشروح. وقال في النهاية: فأبو يوسف فرق بين المطلق والمؤقت: أي في مسئلة الوجه الثاني وهو ما إذا كان في الكوز ماء فأهريق قبل الليل فقال في المطلق يحنث حال وقت الإراقة من غير توقف إلى الليل، وفي المؤقت لا يحنث في الحال بل يتوقف حنثه إلى اخر اليوم، وهما فرّقا بين المطلق والمؤقت: يعني في هذا الوجه على ما ذكر في الكتاب. وأشار بقوله كما إذا مات الحالف والماء باق إلى أن بقاء المحل شرط للبرّ كبقاء الحالف، وأشار بقوله كما إذا عقده ابتداء في هذه الحالة إلى أن وجود

تبق محلية البرّ لعدم التصور فلا يجب البرّ فيه فتبطل اليمين كما إذا عقده ابتداء في هذه الحالة. قال: (ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقلبنّ هذا الحجر ذهباً انعقدت يمينه وحنث عقيبها) وقال زفر: لا تنعقد لأنه مستحيل عادة فأشبه

للحال، وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كان فيه ماء فأهريق يحنث في قولهم جميعاً قوله: (فأبو يوسف فرق الخ) لا شك أن هنا أربعة صور: صورتان في المقيدة باليوم أو وقت آخر جمعة أو شهر وهما أن يكون في الكوز ماء وقت الحلف وأن لا يكون، وصورتان في المطلقة عندهما هاتان أيضاً؛ ففي المقيدة ولا ماء لا تنعقد عندهما لعدم تصور البرّ فلا يتصور الحنث، وتنعقد عنده ويحنث للحال للعجز الدائم عن البرّ من وقت الحلف إلى الموت، وفي المقيدة مع وجود الماء تنعقد به اتفاقاً، فإذا أهريق قبل آخر الوقت بطلت عندهما لانعقادها ثم طرأ العجز عن الفعل قبل آخر المدة لفوات شرط بقائها وهو تصور البرّ حال البقاء إلى آخر الوقت، وعنده يتأخر الحنث إلى آخر جزء من الوقت فهناك يحنث. وفي المطلقة ولا ماء لا تنعقد عندهما، وعنده تنعقد، ويحنث للعجز الحالي الذي لا يرجى زواله، وفي المطلقة وفيه ماء تنعقد اتفاقاً لإمكان البر عندهما، فإذا أريق حنث اتفاقاً. أما عند أبي يوسف فبطريق أولى مما قبله، وأما عندهما فلأن تصور البر ليس شرطاً في المطلقة إلا لانعقادها فقط وقد وجد حال الانعقاد لفرض وجود الماء حال الحلف، فقد فرق أبو يوسف بين المقيدة فأوجب الحنث مطلقاً آخر الوقت وبين المطلقة إذا كان الماء موجوداً حال الحلف فأوجب الحنث حال الإراقة، فإذا لم يكن موجوداً فالحنث بعد فراغه من اليمين. والفرق أن التأقيت للتوسعة على نفسه في الفعل فلا يتعين الفعل عليه إلا في آخر جزء من الوقت، وإن كان التأخير لا يرجى له فائدة فيما إذا لم يكن ماء وقت الحلف لكن اللفظ ما أوجب انعقاد اليمين في حق الفعل مضيقاً متعيناً إلا في آخر جزء منه فلا يحنث قبله، وكذا إذا كان فيه ماء فصبّ لهذا بعينه، بخلاف المطلقة ولا ماء فإنه لا فائدة في تأخير الحنث، وإن كانت اليمين المطلقة لا يقع الحنث فيها إلا بموت الحالف أو المحلوف عليه في مثل حلفه على ضربه أو طلاقها، فإن ذلك إن كان البرّ مرجوّاً ولا رجاء له هنا، وفيما إذا كان الماء موجوداً لا يثبت هذا اليأس إلا عند الإراقة فيحنث إذ ذاك، وهما أيضاً يحتاجان إلى الفرق لأنه لا يحنث عندهما إذ ذكر الوقت فأهريق قبل آخر، وإذا لم يذكر فأهريق يحنث. والفرق أن الوقت إذا ذكر كان البرّ واجباً عليه في الجزء الأخير وعنده المحلوف عليه فائت فكأنه حلف إذ ذاك ليشربن ما في هذا الكوز اليوم، وعلمت بهذا أن اشتراطهما بقاء التصور لبقاء اليمين المؤقتة هو في المعنى اشتراط التصور لانعقاد اليمين المطلقة، بخلاف ما إذا لم يذكر الوقت فإن البرّ واجب عليه في الحال، فإذا فات المحلوف عليه حنث. ولقائل أن يقول: وجوب البرّ في المطلقة في الحال إن كان بمعنى تعينه حتى يحنث في ثاني الحال فلا شك أنه ليس كذلك، وإن كان بمعنى الوجوب الموسع إلى الموت فيحنث في آخر جزء من الحياة فالمؤقتة كذلك لأنه لا يحنث إلا في آخر جزء من الوقت الذي ذكره فذلك الجزء بمنزلة آخر جزء من الحياة فلأي شيء تبطل اليمين عند آخر أجزاء الوقت في المؤقتة ولم تبطل عند آخر جزء من الحياة في المطلقة. ومن فوائد هذه الخلافية ما لو قال رجل لامرأته: إن لم تهبي لي صداقك اليوم فأنت طالق، فقال أبوها: إن وهبت له صداقك فأمك طالق، فحيلة عدم حنثهما أن تشتري منه بمهرها ثوباً ملفوفاً وتقبضه، فإذا مضى اليوم لم يحنث أبوها لأنها لم تهب صداقها ولا الزوج لأنها عجزت عن الهبة عند الغروب لأن الصداق سقط عن الزوج بالبيع، ثم إذا أرادت عود الصداق ردته بخيار الرؤية قوله: (ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقلبنّ هذا الحجر ذهباً انعقدت يمينه وحنث عقيبها) يعني إذا حلف مطلقاً كما هي في الكتاب. أما إذا وقت اليمين فقال: لأصعدنّ غداً لم يحنث حتى يمضي ذلك الوقت، حتى لو مات قبله لا كفارة عليه إذ لا حنث. وقال زفر: لا تنعقد أصلاً لأنه مستحيل

المحل كما هو شرط لانعقاد اليمين كذلك لبقائها. وقوله: (ومن حلف ليصعدن السماء) على ما ذكره ظاهر. واعترض بأن تصوّر البرّ لو كان كافياً في خلفية الكفارة لوجبت في الغموس لأن الله تعالى قادر على إعادة الزمان الماضي وقد فعلها لسليمان ﷺ

المستحيل حقيقة فلا ينعقد. ولنا أن البر متصور حقيقة لأن الصعود إلى السماء ممكن حقيقة؛ ألا ترى أن الملائكة يصعدون السماء وكذا تحوّل الحجر ذهباً بتحويل الله تعالى، وإذا كان متصوّراً ينعقد اليمين موجباً لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة. كما إذا مات الحالف فإنه يحنث مع احتمال إعادة الحياة بخلاف مسألة الكوز، لأن شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد.

عادة فيجعل كالمستحيل حقيقة كماء الكوز فلا تنعقد. ولنا أن صعود السماء ممكن ولذا صعدته الملائكة وبعض الأنبياء، وكذا تحويل الحجر ذهباً بتحويل الله بخلعه صفة الحجرية وإلباس صفة الذهبية بناء على أن الجواهر كلها متجانسة مستوية في قبول الصفات أو بإعدام الأجزاء الحجرية وإبدالها بأجزاء ذهبية، والتحويل في الأول أظهر وهو ممكن عند المتكلمين على ما هو الحق، ولعله من إثبات كرامات الأولياء فكان البرّ متصوراً فتنعقد اليمين موجبة لخلفه وهو الكفارة للعجز الثابت عادة فلا يرجى زواله وصار كما إذا مات الحالف فإنه يحنث في آخر جزء كما قلنا: مع احتمال إعادة الحياة فيه فيثبت معه احتمال أن يفعل المحلوف عليه، ولكن لم يعتبر ذلك الاحتمال بخلاف العادة فحكم بالحنث إجماعاً، بخلاف مسئلة الكوز لأن شرب الماء الذي في الكوز الذي لا ماء فيه لا يمكن ولا تتعلق القدرة به فلذا لم تنعقد. فمحط الخلاف أنه ألحق المستحيل عادة بالمستحيل حقيقة ونحن نمنعه، وكل ما وقع في هذه المسائل من لفظ متصور فمعناه ممكن وليس معناه متعقلاً منفهما، والله أعلم.

وأجيب بأن تصوّر البرّ في الغموس بأن يجعل الفعل الذي لم يوجد موجوداً منه وهو مستحيل. وقوله: (وإن كان متصوّراً ينعقد اليمين) إنما كان كذلك لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى، فإيجاب الله تعالى يعتمد التصور دون القدرة فيما له خلف؛ ألا ترى أن الصوم واجب على الشيخ الفاني ولم تكن له قدرة لمكان التصور والخلف، وكذلك ههنا حنث عقيب وجوب البرّ فوجبت الكفارة للعجز الثابت عادة كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم.

قوله: (لأن إيجاب العبد معتبر إلخ) أقول: أي مقيس.

باب اليمين في الكلام

قال: (ومن حلف لا يكلم فلاناً فكلمه وهو بحيث يسمع إلا أنه نائم حنث) لأنه قد كلمه ووصل إلى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله. وفي بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه،

باب اليمين في الكلام

لما فرغ من ذكر الأفعال التي هي أهم من الكلام كالأكل والسكنى وتوابعهما شرع في الكلام إذ لا بد من وقوعه لأن الإنسان لا بد له من إيصال ما في نفسه إلى غيره لتحصيل مقاصده. وبدأ بالكلام الأعم من خصوصيات العتق والطلاق وغيرها لتقدم الأعم على الخصوصيات قوله: (ومن حلف لا يكلم فلاناً فكلمه وهو بحيث يسمع كلامه) لقرب مكانه منه (إلا أنه نائم حنث) لأنه قد كلمه ووصل إلى سمعه إلا أنه لم يفهم لنومه فصار كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله: أي لغفلته فإنه يحنث، وهذا لأن العلم بوصول صوته إلى صماخه غير ثابت فأدير على مظنة ذلك فحكم به وهو كونه بحيث لو كان مصغياً سالماً سمع ولهذا لو كان أصم حنث. وفي بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه، فإنه قال: في بعضها فناداه أو أيقظه، وفي بعضها فناداه وأيقظه. قال: واختاره مشايخنا لأنه إذا لم ينتبه بكلامه صار كما إذا ناداه من بعيد جداً بحيث لا يسمع صوته فضلاً عن أن يميز حروفه، وفي ذلك يكون لاغياً لا متكلماً منادياً، وصار كما لو كان ميتاً لا يحنث بكلامه، بخلاف الأصم لأنه يصح أن يقال: كلمه إذا كان بحيث لولا الصمم سمع. لا يقال: يصح مثل هذا في الميت. لأنا نقول: يمينه لا تنعقد إلا على الحيّ لأن المتعارف هو الكلام معه، ولأن الغرض من الحلف على ترك الكلام إظهار المقاطعة وذلك لا يتحقق في الميت والبعيد الذي لا شعور له بندائه وكلامه، لكن ما ذكر محمد في السير الكبير: إذا نادى المسلم أهل الحرب بالأمان من موضع يسمعون صوته إلا أنهم لا يسمعون لشغلهم بالحرب فهو أمان. قال السرخسي هذا يبين أن الصحيح في مسئلة الأيمان الحنث وإن لم يوقظه انتهى. وقد فرق على هذه الرواية بأن الأمان يحتاط في إثباته، وقيل: يحكم فيها بالخلاف، فعنده يحنث لأنه يجعل النائم كالمستيقظ وعندهما لا حنث، والمراد بما نسب إليه ما ذكر في باب التيمم من أن المتيمم إذا مرّ وهو نائم على ماء ولا علم له به ينتقض تيممه، وقد تقدم هناك ما فيها من الاستبعاد للمشايخ؛ فإنه لو كان مستيقظاً حقيقة وإلى جانبه حفيرة ماء لا يعلم بها لا ينتقض تيممه فكيف بالنائم حتى حمله بعضهم على الناعس، وأضيف إلى هذه مسائل تزيد على عشرين جعل فيها النائم كالمستيقظ. وفي الذخيرة: لا يحنث حتى يكلمه بكلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها لا متصل، لو قال موصولاً: إن كلمتك فأنت طالق فاذهبي أو اخرجي أو قومي أو شتمها أو زجرها متصلاً لا يحنث لأن

باب اليمين في الكلام

لما ذكر بيان أيمان السكنى والدخول والخروج والأكل والشرب للمعنى الذي ذكرنا شرع في بيان الفعل الجامع الذي يستتبع الأبواب المتفرقة وهو الكلام، إذ اليمين في العتق والطلاق والبيع والشراء واليمين في الحج والصلاة والصوم من أنواع الكلام، فذكر الجنس مقدم على ذكر النوع (ومن حلف لا يكلم فلاناً فكلمه وهو بحيث يسمع إلا أنه نائم حنث) نقل صاحب النهاية عن شيخ الإسلام أن التكليم عبارة عن إسماع كلامه كما في تكليم نفسه فإنه عبارة عن إسماع نفسه، إلا أن إسماع الغير أمر باطن لا يوقف عليه فأقيم السبب المؤدي إليه مقامه وهو أن يكون بحيث لو أصغى إليه أذنه ولم يكن به مانع من السماع لسمع ودار

باب اليمين في الكلام

قوله: (إذ اليمين إلى قوله على ذكر النوع إلخ) أقول: فيه تأمل.

وعليه عامة مشايخنا، لأنه إذا لم يتنبه كان كما إذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته. (ولو حلف لا يكلمه إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بالإذن حتى كلمه حنث) لأن الإذن مشتق من الأذان الذي هو الإعلام، أو من الوقوع في الإذن، وكل ذلك لا يتحقق إلا بالسماع. وقال أبو يوسف: لا يحنث لأن الإذن هو الإطلاق، وأنه يتم بالآذن كالرضا. قلنا:

هذا من تمام الكلام الأول، فلا يكون مراداً باليمين إلا أن يريد به كلاماً مستأنفاً، وهو وجه لأصحاب الشافعي، وبه قال الشافعي في الأظهر وأحمد ومالك وفي المنتقى: لو قال فاذهبي أو واذهبي لا تطلق، ولو قال: اذهبي طلقت لأنه منقطع عن اليمين. وأما ما في نوادر ابن سماعة عن محمد: لا أكلمك اليوم أو غداً حنث لأنه كلمه اليوم بقوله: أو غداً فلا شك في عدم صحته لأنه كلام واحد، فإذا أراد أن يحلف على أحد الأمرين لا يقال: إلا كذلك، وعلى هذا إذا قال لآخر: إن ابتدأتك بكلام فعبدي حرّ فالتقيا فسلم كل على الآخر معاً لا يحنث وانحلت يمينه لعدم تصور أن يكلمه بعد ذلك ابتداء. ولو قال: لها إن ابتدأتك بكلام وقالت هي له: كذلك لا يحنث إذا كلمها لأنه لم يبتدئها، ولا تحنث بعد ذلك لعدم تصوّر ابتدائها. ولو حلف لا يكلمه فسلم على قوم هو فيهم حنث لا أن يقصده فيصدق ديانة لاقضاء، وعند مالك والشافعي رحمهما الله قضاء أيضاً. أما لو قال: السلام عليكم إلا على واحد صدق قضاء عندنا، ولو سلم من الصلاة فإن كان إماماً قيل: إن كان المحلوف عليه عن يمينه لا يحنث، وإن كان عن يساره يحنث لأن الأولى واقعة في الصلاة فلا يحنث بها بخلاف الثانية. وقيل: لا يحنث بها لأنها في الصلاة من وجه، وكذا عن محمد لا يحنث بهما وهو الصحيح. والأصح ما في الشافي أنه يحنث إلا أن ينوي غيره. وفي شرح القدوري فيما إذا كان إماماً يحنث إذا نواه وإن كان مقتدياً فعلى ذلك التفصيل عندهما. وعند محمد لا يحنث مطلقاً لأن سلام الإمام يخرج المقتدى عن الصلاة عنده خلافاً لهما، وبه قال مالك. ولو دق عليه الباب فقال من حنث. وقال أبو الليث: لو قال بالفارسية: كيست لا يحنث، ولو قال: كي تر حنث، وبه أخذ وهو المختار.

ولو ناداه المحلوف عليه فقال: لبيك أو لبي حنث، ولو كلمه الحالف بكلام لا يفهمه المحلوف عليه ففيه اختلاف الروايتين. ولو أراد أن يأمره بشيء فقال وقد مرّ المحلوف عليه يا حائط اسمع افعل كيت وكيت فسمعه المحلوف عليه وفهمه لا يحنث قاله في الذخيرة. ولو حلف لا يتكلم فناول امرأته شيئاً وقال ها حنث. ولو جاء كافر يريد الإسلام فبين صفة الإسلام مسمعاً له ولم يوجه إليه لم يحنث. وفي المحيط. لو سبح الحالف للمحلوف عليه للسهو أو فتح عليه القراءة وهو مقتد لم يحنث. وخارج الصلاة يحنث. ولو كتب إليه كتاباً أو أرسل رسولاً لا يحنث لأنه لا يسمى كلاماً عرفاً خلافاً لمالك وأحمد. واستدلالهم بقوله تعالى ﴿وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحياً أو من وراء حجاب أو يرسل رسولاً﴾ [الشورى ٥١] أجيب عنه بأن مبنى الأيمان على العرف. واعلم أن الكلام لا يكون إلا باللسان فلا يكون بالإشارة ولا الكتابة، والإخبار والإقرار والبشارة تكون بالكتابة لا بالإشارة، والإيمان والإظهار والإفشاء والإعلام يكون بالإشارة أيضاً. فإن نوى في ذلك كله: أي في الإظهار والإفشاء والإعلام والإخبار كونه بالكلام والكتابة دون الإشارة دين فيما بينه وبين الله تعالى. ولو حلف لا يحدثه لا يحنث إلا أن يشافهه، وكذا لا يكلمه يقتصر على المشافهة. ولو قال لا أبشره فكتب إليه حنث. وفي قوله إن أخبرتني أن فلاناً قدم ونحوه يحنث بالصدق والكذب. ولو قال بقدومه ونحوه فعلى الصدق خاصة، وكذا إن أعلمتني، وكذا البشارة ومثله إن كتبت إليّ أن فلاناً قدم فكتب قبل قدومه فوصل

الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الإسماع، وكلامه واضح. وقوله: (لتغافله) أي لغفلته. وقوله: (وفي بعض روايات المبسوط) يريد ما روى في رواية فناداه وأيقظه يحنث فيه، وهذه الرواية تشير إلى اشتراط الإيقاظ للحنث. وذكر في بعض الروايات فناداه أو أيقظه، وهذه تدل على أنه متى ناداه بحيث لو كان يقظان لسمع صوته حنث وإن لم يوقظه. وقال شمس الأئمة السرخسي: والأظهر أنه لا يحنث، وإليه أشار بقوله وعليه مشايخنا، والوجه ما ذكره في الكتاب. (ولو حلف لا يكلمه إلا بإذنه) ظاهر.

الرضا من أعمال القلب، ولا كذلك الإذن على ما مر. قال (وإن حلف لا يكلمه شهراً فهو من حين حلف) لأنه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين فذكر الشهر لإخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه دخلاً عملاً بدلالة حاله، بخلاف ما إذا قال

إليه الكتاب حنث سواء وصل إليه قبل قدومه أو بعده، بخلاف إن كتبت إليّ بقدومه لم يحنث حتى يكتب بقدومه الواقع. ذكر هشام عن محمد: سألني هارون الرشيد عمن حلف لا يكتب إلى فلان فأمر من يكتب إليه بإيماء أو إشارة هل يحنث؟ فقلت نعم يا أمير المؤمنين إذا كان مثلك. قال السرخسي: وهذا صحيح لأن السلطان لا يكتب بنفسه وإنما يأمر ومن عادتهم الأمر بالإيماء والإشارة. ولو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه حتى فهمه لا يحنث عند أبي يوسف، ويحنث عند محمد لأن المقصود الوقوف على ما فيه لا عين التلفظ به. ولو حلف لا يكلم فلاناً وفلاناً لم يحنث بكلام أحدهما إلا أن ينوي كلاً منهما فيحنث بكلام أحدهما، وعليه الفتوى وإن ذكر خلافه في بعض المواضع قوله: (ومن حلف لا يكلمه إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بالإذن حتى كلمه حنث لأن الإذن مشتق من الأذان) أي بالاشتقاق الكبير (أو من الوقوع في الإذن وكل ذلك لا يتحقق إلا بالسماع) قال المصنف وقال أبو يوسف: (لا يحنث) وهذه رواية عنه كما ذكره الأقطع في شرحه حيث قال ظاهر قولهم يحنث. وعن أبي يوسف لا يحنث. ووجه هذه الرواية عنه أن الإذن هو الإطلاق، وأنه يتم بالآذن كالرضا، فإنه لو حلف لا يكلمه إلا برضا فلان فرضي ولم يعلم الحالف حتى كلمه لا يحنث. أجاب المصنف بأن الرضا، من عمل القلب ولا كذلك الإذن، نعم هو يتضمن الرضا ظاهراً لكن معناه الإعلام بالرضا فلا يتحقق بمجرد الرضا وما نوقض به من أنه ذكر في التتمة والفتاوي الصغرى إذا أذن المولى لعبده والعبد لا يعلم يصح الإذن حتى إذا علم يصير مأذوناً. دفع بأنه يدل على نقيض مقصود المورد لدلالته على عدم الإذن قبل العلم حيث قال: حتى إذا علم صار مأذوناً فعرف أنه ليس له قبل العلم حكم الإذن. يدل عليه ما في الشامل في قسم المبسوط: أذن لعبده فلم يعلم به ولا أحد من الناس فتصرف العبد ثم علم بإذنه لم يجز تصرفه، غاية ما فيه أن الإذن يثبت موقوفاً على العلم فسقط تكلف جوابه. وقوله على ما مر: يعني ما تقدم آنفاً من قوله لأن الإذن مشتق من الأذان الخ قوله: (وإن حلف لا يكلمه شهراً فهو) أي ابتداء الشهر (من حين حلف) لأن دلالة حاله وهو غيظه الباعث على الحلف يوجب ترك الكلام من الآن، ونظيره إذا أجره شهراً لأن العقود تراد لدفع الحاجة القائمة في الحال ظاهراً، فكان ابتداؤه من وقت العقد، ولأنه لو لم يعتبر من الحال فسد العقد لجهالة المدة بجهالة ابتدائها وكذا آجال الديون، وأما الأجل في قوله كفلت لك بنفسه إلى شهر؛ اختلف في أنها لبيان ابتداء المدة أو لانتهائها. فعن أبي يوسف لانتهاء المطالبة فلا يلزم

وقوله: (وأنه يتم بالإذن كالرضا) يعني إذا حلف لا يكلمه إلا برضاه فرضي المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنث لما أن الرضا يتم بالراضي، فكذلك الإذن يتم بالآذن. قلنا: الرضا من أعمال القلب فيتم بالراضي ولا كذلك الإذن على ما مر أنه إما من الأذان الذي هو الإعلام، أو من الوقوع في الإذن وذلك يقتضي السماع ولم يوجد. واعترض بأنه لو كان كذلك لما صار العبد مأذوناً إذا أذن له مولاه وهو لا يعلم لكنه يصير مأذوناً فلم يكن الإذن محتاجاً إلى الوقوع في الإذن. وأجيب بأن الإذن هذا فك الحجر في حق العبد والعبد يتصرف بأهلية نفسه ومالكيته فيثبت بمجرد الإذن، وأما في اليمين فلما حرم كلامه باليمين إلا عند الإذن صار الإذن مثبتاً لإباحة الكلام للحالف فلا بد من الإعلام بذلك وهو مبنى على تخصيص العلة وأمره واضح عند الأصولي (وإن حلف لا يكلمه شهراً فهو من حين حلف لأنه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين) لأن ما يلي اليمين صالح لمحلية البرّ: أيّ جزء كان من أجزاء الليل والنهار، وإذا كان كذلك وقد وقعت النكرة في سياق النفي كان اليمين مؤبداً فذكر الشهر لإخراج ما

قوله: (فرضي المحلوف عليه بالاستثناء) أقول: يعني المستثنى قوله: (إذا أذن له مولاه) أقول: أنكر الإتقاني كون العبد مأذوناً بلا علمه فراجعه إلى الشرح قال المصنف: (وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي) أقول: في الكافي ما يخالفه، فإنه جعل قول الشافعي كقول خواهر زاده.

والله لأصومنّ شهراً لأنه لو لم يذكر الشهر لم تتأبد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وأنه منكر فالتعيين إليه **(وإن حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلاته لا يحنث، وإن قرأ في غير صلاته حنث)** وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير. وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي لأنه كلام حقيقة. ولنا إنه في الصلاة ليس بكلام عرفاً ولا شرعاً، قال عليه الصلاة والسلام «إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس» وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلاة أيضاً لأنه لا

بإحضاره بعد الشهر وألحقاها بآجال الديون فجعلاها لبيان ابتدائها فلا يلزم بإحضاره قبل الشهر، وهو أحسن لأن الأجل في مثله للترفيه، بخلاف ما لو قال والله لأصومن شهراً فإنه نكرة في الإثبات، وإنما يوجب شهراً شائعاً يعينه الحالف ولا موجب لصرفه إلى الحال. وأما قول المصنف لو لم يذكر الشهر تتأبد فكان ذكر الشهر لإخراج ما وراءه فبقى ما يلي يمينه داخلاً عملاً بدلالة حاله، فظاهره أنه وجد واحد حيث لم يعطف قوله عملاً بدلالة حالة بالواو، ومن الشارحين من قرره وجهين لأن دلالة الحال وحدها تستقل بصرف الابتداء إلى ما يلي الحلف كما ذكرنا، وما قبله وجه آخر وهو أنه لو أطلق تأبد متصلاً بالإيجاب. ولا يخفى أن ذكر الشهر لا دلالة له سوى على تقدير المدة الخاصة ثم الزائد عليه منتف بالأصل لا بدلالته على النفي، ولو فرض له دلالة على نفي الزائد عليه لم يلزم كون ذلك الزائد هو ما يلي شهراً ابتداؤه من الحال فلذا جعل المصنف قوله عملاً بدلالة حاله هو المعين لابتدائها فكان وجهاً واحداً، إلا أنك علمت من تقريرنا أن لا حاجة إلى ما قدمه من لزوم التأبيد والإخراج. وأما ما فرع على استقلال الإخراج مما ذكره التمرتاشي من قوله إن تركت الصوم شهراً أو كلامه شهراً تناول شهراً من حين لأن ترك الصوم والكلام مطلقاً يتناول الأبد فذكر الوقت لإخراج ما وراءه، وكذا إن لم أساكنه فالكل مشكل بل لو ترك الصوم شهراً في عمره حنث وإن لم يتركه متصلاً بالحلف وهو تحميل اللفظ ما لم يوجبه. نعم إن كان في مثله عرف يصرفه إلى الوصل بالحلف وإلا فلا قوله: **(ولو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في الصلاة لا يحنث، وإن قرأ في غير الصلاة حنث، وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير)** إذا فعله في الصلاة لا يحنث وخارجها يحنث، وهذا جواب الاستحسان. وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي لأنه أي القرآن والذكر كلام حقيقة. ولنا أنه في الصلاة ليس بكلام عرفاً ولا شرعاً لقوله ﷺ «إن الله تعالى يحدث من أمره ما يشاء، وإن مما أحدث أن لا يتكلم في الصلاة»[1] متفق عليه. وأما الحديث الذي ذكره المصنف من قوله ﷺ «إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس»[2] فقيل عليه إنما نفى عنها كلام الناس، ولا يستلزم نفي الكلام مطلقاً، وهذا

وراءه عملاً بدلالة الحال وهي الغيظ الذي لحقه في الحال، بخلاف ما لو قال والله لأصومنّ شهراً لأنه لو لم يذكر الشهر لم تتأبد اليمين، إما لأنه نكرة في سياق الإثبات، وإما لأن الصوم غير صالح للتأبيد لتخلل الأوقات التي لا تصلح أن تكون محلاً للصوم، فكان ذكره لتقدير الصوم وأنه منكر فالنية تعينه. وقوله: **(وإن حلف لا يتكلم فقرأ القرآن)** ظاهر. وقوله: **(ولو قال يوم أكلم فلاناً)**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١١٩٩ و ١٢١٦ و ٣٨٧٥ ومسلم ٥٣٨ وأبو داود ٩٢٣ و ٩٢٤ والنسائي ٣/ ١٩ والطيالسي ٢٤٥ والشافعي في سننه ١/ ١١٩ وعبد الرزاق ٣٥٩١ و ٣٥٩٢ و ٣٥٩٣ وابن أبي شيبة ٢/ ٧٣ والحميدي ٩٣ وابن حبان ٢٢٤٣ و ٢٢٤٤ وابن خزيمة ٨٥٥ و ٨٥٨ والدارقطني ١/ ٣٤١ والطحاوي في المعاني ١/ ٤٥٥ والبغوي ٧٢٣ وأحمد ١/ ٤٣٥ . ٤٦٣ . ٣٧٦ . ٤٠٩ . ٤١٥ والبيهقي ٢/ ٣٥٦ . ٢٤٨ من طرق كثيرة كلهم عن ابن مسعود ولفظ البخاري ومسلم: «كنا نسلم على النبي ﷺ، وهو في الصلاة، فيردُّ علينا، فلما رجعنا من عند النجاشيّ سلّمنا عليه، فلم يردّ علينا، وقال: إن في الصلاة شغلاً» وهكذا رواه الأكثر. وأما بسياق المصنف، فقد أخرجه البخاري ١٣/ ٤٩٦. كتاب ٩٧ باب ٤٢ عن ابن مسعود قال: «عن النبي ﷺ إن الله عز وجل يحدث من أمره ما يشاء وإن ما أحدث أن لا تكلموا في الصلاة».
رواه البخاري معلقاً هكذا بصيغة الجزم، وهو موصول عند أبي داود ٩٢٤ والنسائي ٣/ ١٩ وابن حبان ٢٢٤٣ و ٢٢٤٤ والطيالسي ٢٤٥ والطحاوي في المعاني ١/ ٤٥٥ وأحمد ١/ ٤٣٥ . ٤٦٣ والطبراني ١٠١٢٠ و ١٠١٢١ و ١٠١٢٣ من عدة طرق عن أبي وائل عن ابن مسعود وإسناده صحيح رجاله كلهم ثقات.
تنبيه: فقول المصنف عن سياقه متفق عليه غير صواب كما رأيت.

(٢) صحيح. هو بعض حديث طويل أخرجه الإمام مسلم ٥٣٧ وابن أبي شيبة ٨/ ٣٣ والطحاوي في المعاني ١/ ٤٤٦ وابن حبان ٢٢٤٨ والبيهقي ٢/ ٢٤٩ . ٢٥٠ من طرق كلهم من حديث معاوية بن الحكم السلمي وله قصة، وقد تقدم في كتاب الصلاة مستوفياً. باب ما يفسدُ الصلاة.

يسمى متكلماً بل قارئاً ومسبحاً (**ولو قال يوم أكلم فلاناً فامرأته طالق فهو على الليل والنهار**) لأن اسم اليوم إذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت، قال الله تعالى: ﴿**ومن يولهم يومئذ دبره**﴾ والكلام لا يمتد (**وإن عني النهار خاصة دين في القضاء**) لأنه مستعمل فيه أيضاً. وعن أبي يوسف أنه لا يدين في القضاء لأنه خلاف المتعارف (**ولو قال ليلة أكلم فلاناً**

التفصيل جواب ظاهر المذهب، ولما كان مبنى الأيمان على العرف، وفي العرف المتأخر لا يسمى التسبيح والقرآن أيضاً وما معه كلاماً حتى أنه يقال لمن سبح طول يومه أو قرأ لم يتكلم اليوم بكلمة اختار المشايخ أنه لا يحنث أيضاً بجميع ذلك خارج الصلاة، واختير للفتوى من غير تفصيل: أي تفريق بين عقد اليمين بالعربية والفارسية. وما ذكر في بعض المواضع من أنه لو قال كلما تكلمت بكلام حسن فأنت طالق فقالت «سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر» طلقت واحدة، ولو قالت بلا عطف: سبحان الله الحمدلله لا إله إلا الله الله أكبر طلقت ثلاثاً لأنه كلام متعدد بالاستئناف كل بخلاف المعطوف لأنه كلام واحد. وقد يدفع بأن الكلام في مطلق الكلام عرفاً لا فيما قيد بقيد أصلاً. وأما الشعر فإنه يحنث به لأنه كلام منظوم، وفي الحديث «أصدق كلمة قالها شاعر كلمة لبيد:

ألا كل شيء ما خلا الله باطل وكل نعيم لا محالة زائل»[1]

وعرف مما تقدم أنه لا يحنث بالكتابة والإيماء ونحوه قوله: (**ولو قال يوم أكلم فلاناً فامرأته طالق فهو على الليل والنهار**) فإن كلمه ليلاً أو نهاراً حنث، ثم قال المصنف في وجهه: لأن اسم اليوم إذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت، قال الله تعالى ﴿**ومن يولهم يومئذ دبره**﴾ [الأنفال ١٦] ولا فرق بين التولية ليلاً أو نهاراً، والكلام لا يمتد؛ قيل في وجهه لأنه عرض لا يقبل الامتداد إلا بتجدد الأمثال كالضرب والجلوس والسفر والركوب ونحو ذلك، وذلك عند الموافقة صورة ومعنى، والكلام الثاني يفيد معنى غير مفاد الأول فليس مثلاً. وما قيل الكلام يتنوع إلى خبر واستخبار وأمر ونهي فلا يحمل على الكلام المطلق أنه ممتد، فقد يقال ولا يحمل عليه مطلقاً أنه غير ممتد إذ كل نوع منه على هذا ممتد على أنه اسم الكلام ليس إلا الألفاظ مفيدة معنى كيفما كان فتحققت المماثلة سواء كان المفاد من نوع الأول أو لا، وبه يندفع القولان، ولذا قال الشيخ عبد العزيز: الصحيح أن يقال الطلاق مما لا يمتد لأن الكلام مما يمتد يقال كلمته يوماً، ولأن اعتبار المظروف أولى من اعتبار المضاف إليه كما في قوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان، وقد تقدم تحقيق هذا الأصل في الطلاق واختلاف عباراتهم فيه. وأن الأولى الاعتبار بالعامل المعتبر واقعاً فيه عند تحقق معنى ما

ههنا ثلاث عبارات نهار أكلم فلاناً وليلة أكلم فلاناً ويوم أكلم فلاناً، فالأولى لبياض النهار خاصة، فلو كلمه ليلاً لم يحنث. والثانية لسواده خاصة، فلو كلمه نهاراً لم يحنث. وما جاء استعماله في مطلق الوقت وما جاء في قول الشاعر:

---

(١) صحيح. دون لفظ: وكل نعيم لا محالة زائل. أخرجه البخاري ٣٨٤١ و ٦١٤٧ و ٦٤٨٩ ومسلم ٢٢٥٦ من وجوه والترمذي ٢٨٥٣ والحميدي ١٠٥٣ وابن ماجه ٣٧٥٧ والترمذي في الشمائل ٢٤٢ وابن حبان ٥٧٨٣ و ٥٧٨٤ وابن أبي شيبة ٨/ ٦٩٤ . ٦٩٥ والبغوي ٣٣٩٩ والبيهقي ١٠/ ٢٣٧ وأبو نعيم في الحلية ٧/ ٢٠١ وأحمد ٢/ ٣٩٣ . ٤٤٤ . ٤٨٠ . ٤٨١ من عدة طرق كلهم من حديث أبي هريرة مرفوعاً. أصدق كلمة قالها شاعر: كلمة لبيد: . ألا كلُّ شيء ما خلا الله باطلُ. وكاد أميّة بن أبي الصَّلْت أن يُسلم. هذا لفظ البخاري في روايته الأولى، وكذا مسلم وغيرهما.

وروايته الثالثة بلفظ: أصدق بيت قاله الشاعر: . ألا كلُّ شيء ما خلا الله باطلُ.

وورد في روايته: أشعر بيت قالته العرب كلمة لبيد: . ألا كل شيء ما خلا الله باطلُ..

تنبيه: وليس في شيء من كتب الحديث زيادة: «وكل نعيم لا محالة زائل».

وقد جاء في فتح الباري ٧/ ١٥٣ ما ملخصه: ذكر ابن إسحق بسنده عن عثمان بن مظعون «أنه لما رجع من الحبشة دخل مكة في جوار الوليد بن المغيرة فبينما هم في مجلس إذ دخل لبيد فقال: ألا كل شيء ما خلا الله باطل. فقال له عثمان صدقت. فقال لبيد: وكل نعيم لا محالة زائل. فقال له عثمان بن مظعون: كذبت نعيم الجنة لا يزول» قال الحافظ: وقد أسلم لبيد بعد ذلك وعده البخاري وابن أبي خيثمة وغيرهما في الصحابة. ولما سأله عمر عن شعره في الإسلام فقال: قد أبدلني الله بالشعر سورة البقرة اهـ.

فهو على الليل خاصة) لأنه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة، وما جاء استعماله في مطلق الوقت **(ولو قال إن كلمت فلاناً إلا أن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان أو قال إلا أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والإذن حنث، ولو كلمه بعد القدوم والإذن لم يحنث)** لأنه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنّهية بعدها فلا يحنث

أضيف إليه الظرف وعدمه لجعل اليوم لمطلق الوقت وعدمه لأنه هو المقصود الأصلي، بخلاف ما أضيف إليه لأنه ليس مقصوداً إلا لتعيين ما يتحقق فيه ما قصد إلى إثبات معناه بالقصد الأول. واستشكل بما لو قال والله لا أكلم فلاناً اليوم ولا غداً ولا بعد غد فكلمه ليلاً لا يحنث لأن الليل لم يدخل، وكذا لو قال في كل يوم لم يدخل الليل ذكر في التتمة وبه قال الشافعي، وهذا لا يرد على ما هو المختار من اعتبار المقصود من التركيب كما ذكرنا بل على ما ذكر المصنف. وجوابه أن المراد باليوم فيه النهار في المسئلة الأولى بدلالة إعادة حرف النفي عند ذكر الغد وإلا لم يكن لذكره فائدة، حتى لو قال لا أكلمه اليوم وغداً وبعد غد تدخل الليلة، وبه قال الشافعي وهو كقوله ثلاثة أيام. وفي المسئلة الثانية ذكر كلمة «في» في كل يوم لتجديد الكلام على ما عرف في أنت طالق في كل يوم تطلق ثلاثاً في ثلاثة أيام، ولو قال كل يوم تطلق واحدة، ولا يتحقق التجديد لو أريد باليوم مطلق الوقت قوله: **(وإن عنى النهار خاصة)** أي بلفظ اليوم **(دين)** أي صدق **(في القضاء لأنه مستعمل فيه)** أي لأنه حقيقة مستعملة كثيراً فيقبله القاضي وإن كان فيه تخفيف على نفسه أو هو مشترك بين النهار ومطلق الوقت. وعن أبي يوسف لا يدين في القضاء لأنه خلاف المتعارف فكان خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء قوله: **(ولو قال ليلة أكلم فلاناً فهو على الليل خاصة)** لأنه حقيقة في سواده كالنهار للبياض خاصة، وما نافية، وجاء استعماله في مطلق الوقت كما جاء في لفظ اليوم. وأورد عليه قول القائل:

وكنا حسبنا كل بيضاء شحمة ... ليالي لاقينا جذاماً وحميرا

سقيناهم كأساً سقينا بمثلها ... ولكنهم كانوا على الموت أصبرا

والمراد مطلق الوقت فإن الحرب لم تكن ليلاً. أجاب شمس الأئمة بأن المذكور الليالي بصيغة الجمع، وذكر أحد العددين بصيغة الجمع ينتظم ما بإزائه من الآخر، ولا كذلك المفرد: يعني ذكر الليالي ينتظم النهر التي بإزائها، كما أن ذكر الأيام ينتظم الليالي التي بأزائها، قال تعالى ﴿**أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام**﴾ [آل عمران ٤١] وفي آية أخرى ﴿**ثلاث ليال سوياً**﴾ [مريم ١٠] والقصة واحدة وليس الكلام إلا في المفرد، فإنّ ذكر الليلة لا يستتبع اليوم ولا بالقلب. ونظر فيه بعضهم بأنه يقتضي أن الشاعر قصد أن الملاقاة كانت مستوعبة لليالي تتبعها أيام بقدرها، والمتعارف في مثل هذا الكلام أنه إنما يقصد به الوقت لا الجمع بين الأيام والليالي، وليس هذا بشيء لأن الواقع قد يكون أن الحرب دامت بينهم أياماً ولياليها، وهذا كثير الوقوع، فأراد أن يخبر بالواقع فعبر عنه بما يفيده ولا دخل لذلك في خصوص عرف قوله: **(ولو قال**

وكنا حسبنا كل سوداء تمرة ... ليالي لاقينا جذاماً وحميرا

مراداً به الوقت فليس مما نحن فيه لأن كلامنا فيما ذكر بلفظ المفرد وما في الشعر بلفظ الجمع، وذكر أحد العددين بعبارة الجمع يقتضي دخول ما بإزائه من العدد الآخر وذلك أصل آخر غير ما نحن فيه. والثالثة يعتبر بما قرن به، إن قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت، قال الله تعالى ﴿ومن يولهم يومئذ دبره﴾ والكلام مما لا يمتد، وإن قرن به ما يمتد كالصوم يراد به بياض النهار، والبحث فيه وظيفة أصولية، وقد قررناه في التقرير، فإن عني في قوله يوم أكلم فلاناً النهار خاصة صدق في القضاء لأنه مستعمل فيه أيضاً قال الله تعالى ﴿إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة﴾ والمراد به بياض النهار. وقوله: **(لأن غاية)** أما في كلمة حتى فظاهر، وأما في إلا أن فلما تقدم من مناسبة معنى الاستثناء معنى الغاية وكونه مجازاً للغاية. قوله: **(وإن مات فلان)** يعني الذي أسند إليه

قوله: (وما جاء استعماله في مطلق الوقت) أقول: لفظ ما نافية في قوله وما جاء إلخ قوله: (وذكر أحد العددين، إلى قوله: من العدد الآخر) أقول، والتفصيل في باب الاعتكاف قوله: (فلما تقدم من مناسبة إلخ) أقول: في باب اليمين في الخروج والإتيان

بالكلام بعد انتهاء اليمين (وإن مات فلان سقطت اليمين) خلافاً لأبي يوسف لأن الممنوع عنه كلام ينتهي بالإذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين. وعنده التصور ليس بشرط، فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين. (ومن

إن كلمت فلاناً إلا أن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان أو إلا أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم أو الإذن حنث، ولو كلمه بعد القدوم والإذن لم يحنث لأنه غاية) أي لأن القدوم والإذن غاية لعدم الكلام لما قدمنا أن فعل الشرط المثبت في اليمين يكون للمنع منه فيكون في معنى المنفي به وبالقلب؛ فقوله إن كلمته حتى يقدم بمعنى لا أكلمه حتى يقدم وإن وقع خلاف ذلك فامرأته طالق، وإذا كان غاية لعدم الكلام فاليمين معقودة على الكلام حال عدم الإذن فتبقى اليمين ما بقي عدم الإذن الواقع غاية فيقع الحنث بالكلام حال عدمه وينتهي بعد الغاية لأنها مقيدة به فلا يحنث بالكلام بعد مجيئه وإذنه، أما أنَّ حتى غاية فظاهر، وإما أن إلا أن غاية فلأن به ينتهي منع الكلام فشابهت الغاية إذا كانت الغاية لمنعه فأطلق عليها اسمها، ومثله قوله تعالى ﴿لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم إلا أن تقطَّع قلوبُهم﴾ [التوبة ١١٠] أي إلى موتهم. وقيل هي استثناء على حالها وفيه شيء، وهو أن تقدير الاستثناء فيها إنما يكون من الأوقات أو الأحوال على معنى امرأته طالق في جميع الأوقات أو الأحوال إلا وقت قدوم فلان أو إذنه وإلا حال قدومه أو إذنه بتقدير مضاف إلى المصدر المنسبك من أن يقدم وأن يأذن، فإن تقدير إلا أن يأذن إلا بإذنه وهو يستلزم تقييد الكلام بوقت الإذن والقدوم، فيقتضي أنه لو كلمه بعد القدوم أو الإذن حنث لأنه لم يخرج عن أوقات وقوع الطلاق إلا ذلك الوقت وهو غير الواقع، ثم أورد أن إلا أن شرط لا غاية لأنها شرط في قوله امرأته طالق إلا أن يقدم زيد فإن المعنى إن لم يقدم زيد. وأجيب بأنها إنما تكون للغاية فيما يحتمل التأقيت والطلاق مما لا يحتمله: يعني فتكون فيه للشرط اهـ. وهذا يؤيد ما تقدم من أن الكلام مما يمتد لأنه الشرط هنا بخلاف ما ذكر المصنف، ولما كان مظنة أن يعترض بأن الشرط وهو إلا أن يقدم مثبت فالمفهوم أن القدوم شرط الطلاق لا عدمه. وجهه شارح آخر فقال وإنما حمل على إن لم يقدم في مسئلة الطلاق لا على أن قدم لأنه جعل القدوم رافعاً للطلاق فيكون القدوم علماً على الوقوع، وتحقيقه أن معنى التركيب وقوع الطلاق في الحال مستمر إلى قدوم فلان فيرتفع فيكون قدومه علماً على الوقوع قبله، والمتحقق من ذلك أن الطلاق يقع حال قدوم فلان وهو المعبر عنه بقولنا إن لم يقدم، فحيث لم يمكن ارتفاعه بعد وقوعه بالقدوم وأمكن وقوعه عند عدم القدوم اعتبر الممكن فجعل عدم القدوم شرطاً وهو حاصل أنت طالق إن لم يقدم فلا يقع الطلاق إلا أن يموت فلان قبل أن يقدم أو يأذن لأنه مطلق كقوله إن لم أطلقك فأنت طالق. قال تاج الشريعة: ومهما أمكن المصير إلى هذا المجاز: يعني الغاية لا يصار إلى ذلك المجاز: يعني الشرط لأن في هذا إجراء المجاز في مجرد الاستثناء، وفي ذلك إجراؤه في استثناء القدوم، لأنا نجعل استثناء القدوم مجازاً عن اشتراط عدم القدوم وإجراء المجاز في الجزء أولى منه في المجموع قوله: (وإن مات فلان سقطت اليمين خلافاً لأبي يوسف لأن الممنوع منه كلام ينتهي) المنع منه (بالإذن والقدوم ولم يبق) الإذن ولا القدوم (بعد موت من إليه الإذن والقدوم متصور الوجود) فلم يبق البرّ متصور الوجود، وبقاء تصوره شرط لبقاء اليمين المؤقتة عند أبي حنيفة ومحمد على مامر، وهذا اليمين مؤقتة بوقت الإذن والقدوم إذ بهما يتمكن من البرّ إذ يتمكن من الكلام بلا حنث فيسقط بسقوط تصور البرّ.

القدوم أو الإذن سقط اليمين لانتفاء تصور البرّ. فإن قيل: إعادة الحياة ممكنة فكان الواجب أن لا يبطل اليمين. فالجواب أن اليمين انعقدت على القدوم أو الإذن في حياته القائمة لا المعادة بعد موته وهي غير المعادة لا محالة، ولهذا قلنا: إذا قال لأقتلنّ

قوله: (وهي غير المعادة) أقول: أي بالاعتبار قال المصنف: (ولم يبق بعد الموت متصور الوجود) أقول: ليتصور كف النفس عن المدلول عليه باليمين فليتأمل.

حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبداً بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان فباع فلان عبده أو بانت منه امرأته أو عادى صديقه فكلمهم لم يحنث) لأنه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف إلى فلان، إما إضافة ملك أو إضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث، قال هذا في إضافة الملك بالاتفاق. وفي إضافة النسبة عند محمد يحنث كالمرأة والصديق. قال في

وعند أبي يوسف التصوّر ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين، فأيّ وقت كلمه فيه يحنث. فإن قيل: لا نسلم عدم تصور البرّ بموته لأنه سبحانه قادر على إعادة فلان فيمكن أن يقدم ويأذن. فالجواب أن الحياة المعادة غير الحياة المحلوف على إذنه فيها وقدومه وهي الحياة القائمة حالة الحلف لأن تلك عرض تلاشي لا يمكن إعادتها بعينها، وإن أعيدت الروح فإن الحياة غير الروح لأنه أمر لازم للروح فيما له روح قوله: **(ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبداً له بعينه)** إنما أراد من ينسب إليه بالعبودية أو امرأة فلان الخ. اعلم أنه إذا حلف على هجران محل مضاف إلى فلان كلا يكلم عبد فلان أو زوجته أو صديقه أو لا يدخل داره أو لا يلبس ثوبه أو لا يركب فرسه أو لا يأكل من طعامه فلا شك أن هذه الإضافة في الكل معرفة لعين ما عقد اليمين على هجره سواء كانت إضافة ملك كعبده وداره ودابته أو إضافة نسبة أخرى غير الملك كزوجته وصديقه، فالإضافة مطلقاً تفيد النسبة والنسبة أعم من كونها نسبة ملك أو غيره فلا يصح جعل إضافة النسبة تقابل إضافة الملك كما فعل المصنف وغيره لأنه لا تقابل بين الأعم والأخص إلا أن يكون بخصوص عرف اصطلاحي وهو محمل الجعل المذكور للمصنف. وإذا كانت هذه الإضافة مطلقاً للتعريف فبعد ذلك إما أن يقرن به لفظ الإشارة كقوله لا يكلم عبده هذا أو زوجته هذه أولاً، فعلى تقدير عدم الإشارة الظاهر أن الداعي في اليمين كراهته في المضاف إليه وإلا لعرفه باسم العلم، ثم أعقبه بالإضافة أن عرض اشتراك مثل لا أكلم راشداً عبد فلان ليزيل الاشتراك العارض في اسم راشد أو فلانة زوجة فلان كذلك، فلما اقتصر على الإضافة ولم يذكر اسمه ولا أشار إليه كان الظاهر أنه لمعنى في المضاف إليه، وإن احتمل أن يهجر بعضها لذاته أيضاً كالزوجة والصديق فلا يصار إليه بالاحتمال، وحينئذ فاليمين منعقدة على هجر المضاف حال قيام الإضافة وقت الفعل بأن كان موجوداً وقت اليمين ودامت فالإضافة إلى وقت الفعل أو انقطعت ثم وجدت بأن باع وطلق ثم استردّ أو لم يكن وقت اليمين فاشترى عبداً فكلمه حنث، وكذا لو لم تكن له زوجة فاستحدث زوجة ينبغي أن يحنث في قول أبي حنيفة، ولو ارتفعت النسبة الثابتة التي عنها صححت الإضافة بأن باع فلان عبده وداره وثوبه ودابته وعادى صديقه وطلق زوجته فكلم العبد والمرأة والصديق لا يحنث، وكذا إذا لبس الثوب أو دخل الدار أو ركب الدابة لا يحنث لما قلنا إن اليمين انعقدت باعتبار النسبة القائمة وقت الفعل والحال أنها زائلة عنده، وهذا الأصل على قول أبي حنيفة. وأما عند محمد فاليمين منعقدة في المملوك على الإضافة القائمة وقت الفعل كما ذكرنا، وفي إضافة النسبة على القائمة وقت اليمين، فتفرع على هذا أنه لو طلق زوجته وعادى صديقه واستحدث زوجة وصديقاً فكلم المستحدث لا يحنث، ولو كلم المتروكة حنث، وهذا ما نقله المصنف عنه من الزيادات. ووجهه ما جوزناه في أصل أبي حنيفة من أنهما يقصدان بالهجر لا نفسها لا لغيرهما، فكانت الإضافة لمجرد تعريف الذات المهجورة فلا يشترط دوامها أو وجودها وقت الفعل فتعلق الحكم أي الهجر بعينه كما في الإشارة، فإنه

فلاناً وفلان ميت ولم يعلم الحالف بموته لا تنعقد اليمين لأنها وقعت على الحياة القائمة. قال: **(ومن حلف لا يكلم عبد فلان)** إذا وقعت اليمين على فعل يتعلق بمركب إضافي، فإما أن يكون مع الإضافة إشارة أو لا، وكل منهما إما أن تكون الإضافة إليه إضافة ملك أو إضافة نسبة، فإن لم تكن مع الإضافة إشارة كما إذا حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبداً بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان فالمعتبر وجود الملك عند وجود المحلوف عليه في إضافة الملك بالاتفاق، وكذا في إضافة النسبة عند أبي حنيفة. وعند محمد

قال المصنف: (لأنه عقد يمينه على فعل واقع) أقول: المحلوف عليه هنا الترك لا الفعل.

الزيادات: لأن هذه الإضافة للتعريف لأن المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه كما في الإشارة. ووجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه لأجل المضاف إليه

إذا قال زوجة فلان هذه ونحوها مما إضافته إضافة نسبة فالاتفاق أنه يحنث بكلامه بعد انقطاعها كما سيذكر وجه المذكور في الجامع. لأبي حنيفة ما تقدم من أن الظاهر أن الهجر للمضاف إليه بما ذكرنا من الوجه، وأقل ما في الباب جواز كون هجره لنفسه وأن يكون للمضاف إليه، وعلى الأول يحنث وعلى الثاني لا فلا يحنث بالشك، فظهر بما ذكرنا أن ما ذكره في النهاية وغيرها من قوله الأصل في جنس هذه المسائل أنه متى عقد يمينه على فعل في محل منسوب إلى الغير بالملك يراعي للحنث وجود النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه، ولا معتبر بالنسبة وقت اليمين إذا لم توجد وقت الفعل، وإن كان منسوباً إلى الغير لا بالملك يراعي وجود النسبة وقت اليمين ولا معتبر بها وقت الفعل. ثم وجه الفرق بأن في إضافة الملك الحامل على اليمين معنى في المالك، لأن هذه الأشياء لا تعادي لعينها، وفي إضافة النسبة معنى فيهم لأن الأذى يتصور منهم. واستشكل بأن العبد يتصور منه الأذى. أجيب بأن ابن سماعة ذكر في نوادره أنه يحنث عند أبي حنيفة لهذا. ووجه الظاهر أن العبد ساقط الاعتبار عند الأحرار فإنه يباع في الأسواق كالحمار، فالظاهر أنه إن كان منه أذى إنما يقصد هجران سيده بهجرانه، ولا يخفى أنه أعني هذا الأصل لا يصح إلا لمحمد فقط، فإطلاق جعله أصلاً لهذه المسائل ليس بصحيح لأن الاقتصار عليه يوهم الاتفاق عليه، أو أنه الأصل لصاحب المذهب. هذا، وروي أن هشاماً أخبر أن محمداً رجع إلى قول أبي حنيفة، وقال: لا يحنث هذا إذا لم يعينه فلم يذكر الإشارة، فأما إن عينه فذكر الإشارة بأن قال عبد فلان هذا أو داره هذه أو امرأته هذه أو صديقه هذا فباع العبد والدار وطلق وعادى فكلمه ودخل لم يحنث في المملوك من العبد والدار وحنث في غيره من المرأة والصديق عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد وزفر يحنث في الكل وهو قول الشافعي ومالك وأحمد، لأن الإضافة في الكل للتعريف كما قدمنا، والإشارة أبلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة، بخلاف التعريف الآخر فلزم اعتبارها وسقوط الأخرى وإذا اعتبرت انعقدت اليمين على خصوص العين فلزم الحنث بترك هجرانها بعد الإضافة كما قبله، وهما يقولان إن هجران المضاف إذا كان مملوكاً ليس لذاته لسقوط اعتبارها فتقيد ببقاء النسبة مع الإشارة وعدمها، بخلاف غير المملوك فإنه لما كان مما يعادي لنفسه كما يعادي لغيره فعند عدم الإشارة استوى الحال فلا يحنث بالشك ومع زيادة الإشارة ترجح كون هجره لمعنى في نفسه، فلا يتقيد الحنث بدوام الإضافة لأن كون الداعي إلى اليمين معنى في المضاف إليه في غير المملوك غير ظاهر لعدم التعيين أي لأنه لم يتعين، بخلاف ما تقدم وهو إضافة الملك لأن الداعي كما يجوز كونه معنى في المضاف إليه يجوز كونه نفس المضاف حيث كان صالحاً لأن يعادي لنفسه، وقوله لغت الإضافة ممنوع، وإنما يلزم لو لم تكن لها فائدة أخرى لكن

يعتبر وجود النسبة وقت الحلف، فعلى هذا إذا باع فلان عبده فكلمه لم يحنث بالاتفاق، وكذا إذا طلق امرأته أو عادى صديقه عنده، وعند محمد يحنث كذا قاله في الزيادات. وجه قول محمد أن هذه الإضافة للتعريف لأن المرأة والصديق قد يهجران لذاتهما مقصوداً لا لأجل المضاف إليه، وما كان للتعريف لا يشترط دوامه للاستغناء عنه بعد التعريف فيتعلق الحكم بعينه، أي بعين كل واحد منهما. كما في الإشارة بأن قال لا أكلم صديق فلان هذا أو زوجة فلان هذه (ووجه ما ذكر ههنا) يعني عدم الحنث وهو قول أبي حنيفة رحمه الله (وهو رواية الجامع الصغير) فإنه ذكر قول محمد في الزيادات وقول أبي حنيفة في الجامع الصغير، ولم يذكر لأبي يوسف قول. وقال فخر الإسلام: يحتمل أن يكون قول أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه: أي كل واحد من المرأة والصديق لأجل المضاف إليه ولهذا لم يعينه، ويحتمل أن لا يكون فلا يحنث بعد زوال الإضافة

قوله: (وجه ما ذكر ههنا) أقول: وجه ما ذكر مبتدأ خبره يجيء بعد أسطر وهو أنه يحتمل إلخ.

ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الإضافة بالشك (وإن كانت يمينه على عبد بعينه بأن قال عبد فلان هذا أو امرأة فلان بعينها أو صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يحنث في العبد أيضاً) وهو قول زفر (وإن حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف) وجه قول محمد وزفر أن الإضافة للتعريف والإشارة أبلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة، بخلاف الإضافة فاعتبرت الإشارة ولغت الإضافة وصار كالصديق والمرأة. ولهما أن الداعي إلى اليمين معنى في المضاف إليه لأن هذه الأعيان لا تهجر ولا تعادي لذواتها، وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك، بخلاف ما إذا

الواقع أن لها فائدة وهي إفادة أن الهجران منوط بنسبته إلى المضاف إليه لغيظ منه فيعتبر كل منها لفائدته. وقد رجح ابن العزّ قول محمد وزفر بأن العبد وإن كان ساقط المنزلة قد يقصد بالهجران والحالف لو أراد هجرانه لأجل سيده لم يحتج إلى الإشارة، فلما أشار إليه بقوله هذا علم أن مراده قصده بالهجران، قال وكذلك الدار ولكن العبد أظهر لظهور صحة قصده بالهجران كما في المرأة والصديق انتهى. وما ذكر من أن لكل فائدة؛ ففائدة الإشارة التعريف، وفائدة الإضافة بيان مناط الهجر. قد يدفع بأن الإضافة تستقل بالفائدتين، فإنها أيضاً تعرف الشخص المحلوف على هجره كما تفيد الآخر. وجوابه أن الإشارة كما تفيد التعريف يحصل بها التخصيص أيضاً، وهذا لا يحصل بالإضافة وحدها، فإنه لو قال عبد فلان انعقدت على كل عبد له، وفي قوله عبد فلان هذا لا يحنث بكلام عبد آخر لفلان وإن كانت الإضافة تفيد أن سبب هجر العبد نسبته لسيده، لكن الحنث في الأيمان لا يثبت بالقياس بل بفعل عين المحلوف عليه، ولو حلف لتعطين هذا الفقير لفقره لم يحنث إذا لم يعط غيره من الفقراء، وهذا الخلاف إذا لم تكن له نية، أما لو نوى أن لا يدخلها ما دامت لفلان أو لا يدخلها وإن زالت الإضافة فعلى ما نوى لأنه شدّد على نفسه في الثاني ونوى محتمل كلامه في الأول. وروى شذوذاً عن أبي يوسف في دار فلان هذه أنه يحيث بعد زوال الإضافة وليس بشيء وعنه أيضاً لا يحنث بالدار المتجدد ملكها لأن الملك لا يستحدث فيها عادة فإنها آخر ما يباع وأوّل ما يشترى عادة فتقيدت اليمين بالقائمة في ملكه وقت الحلف. أجيب بأن العرف مشترك، فإن الدار قد تباع وتشترى مراراً فلا يصلح مقيداً. وعنه أيضاً أن اليمين تتقيد في الكل بالقائم في ملكه وقت الحلف. رواه بشر عنه قال: إذا قال دار فلان لا يتناول ما يستحدث ملكه، بخلاف قوله داراً لفلان لأن قوله دار فلان تمام الكلام بذكر الإضافة وإلا كان مجملاً فلا بد من قيام الملك لفلان وقت يمينه. وفي قوله داراً لفلان الكلام تام بلا ذكر فلان فكان ذكر فلان تقييداً لليمين بما يكون مضافاً إلى فلان وقت السكنى، ثم في الحلف لا يسكن داراً لفلان لا يحنث بسكنى دار مشتركة بين فلان وغيره وإن قل نصيب غيره. وفي بعض الشروح: لا أتزوّج بنت فلان لا يحنث بالبنت التي تولد بعد اليمين بالإجماع، وهو مشكل فإنها إضافة نسبة فينبغي أن تنعقد على الموجودة حال التزوّج، فلا جرم أن في التفاريق عن أبي يوسف إن تزوّجت بنت فلان أو أمته أنه

بالشك، وإن كان مع الإضافة إشارة بان قال عبد فلان هذا او امراة فلان هذه او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد، وحنث في المرأة والصديق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يحنث في العبد وهو قول زفر. وجه قولهما أن الإضافة للتعريف. وتقريره: الإضافة للتعريف وما هو للتعريف يلغو عند وجود ما هو أبلغ منه فيه، والإشارة أبلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة لكونها بمنزلة وضع اليد عليه، بخلاف الإضافة لجواز أن يكون لفلان عبيد فاعتبرت الإشارة ولغت الإضافة وصار كالصديق والمرأة. ووجه قولهما أن الداعي إلى اليمين معنى في المضاف إليه، وتقريره: لا نسلم أن الإضافة للتعريف بل لبيان أن الداعي إلى اليمين معنى في المضاف إليه لأن هذه الأعيان: أي الدار والدابة والثوب لا تهجر ولا تعادي لذواتها، وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك لقيام المعنى الداعي إذ ذاك، بخلاف ما إذا كانت الإضافة إضافة نسبة

قوله: (لأن هذه الأعيان: أي الدابة والثوب إلخ) أقول: فيه أن الدابة والثوب ليسا بمذكورين فيما سبق، فتعميم الإشارة لهما أيضاً لا بد له من توجيه.

كانت الإضافة إضافة نسبة كالصديق والمرأة لأنه يعادي لذاته فكانت الإضافة للتعريف والداعي المعنى في المضاف إليه غير ظاهر لعدم التعيين، بخلاف ما تقدم قال: (وإن حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث) لأن هذه الإضافة لا تحتمل إلا التعريف لأن الإنسان لا يعادي لمعنى في الطيلسان فصار كما إذا أشار إليه (ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمة وقد صار شيخاً حنث) لأن الحكم تعلق بالمشار إليه إذ الصفة في الحاضر لغو، وهذه الصفة ليست بداعية إلى اليمين على ما مر من قبل.

على الموجود والحادث قوله: (وإن حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه صاحبه ثم كلمه حنث) بالإجماع (لأن هذه الإضافة لا تحتمل إلا التعريف لأن الإنسان لا يعادي لمعنى في الطيلسان فصار كما لو أشار إليه) أي إلى صاحب الطيلسان بأن قال لا أكلم هذا الرجل فتعلقت اليمين بعينه والطيلسان معرب تيلسان أبدوا التاء طاء من لباس العجم مدوّر أسود لحمته وسداه صوف قوله: (ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخاً حنث لأن الحكم معلق بالمشار إليه إذ الصفة في الحاضر لغو) ولا تتقيد بشبيبته. وأورد عليه أنه تقدم لو حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ما صار تمراً لا يحنث مع أن الصفة في الحاضر لغو. فأجاب بقوله وهذه الصفة ليست بداعية الخ: يعني أن الصفة تعتبر في الحاضر إذا كانت داعية وصفة الرطبية مما تدعو بعض الناس إلى الحلف على تركه فتقيد به، بخلاف الشبيبة هنا فإنها ليست بداعية على ما تقدم. وفي الوجيز لبرهان الدين محمود البخاري: حلف لا يكلم صبياً أو غلاماً أو شاباً أو كهلاً فالكلام في معرفة هؤلاء في ثلاثة مواضع: في اللغة والشرع والعرف. أما اللغة قالوا الصبي يسمى غلاماً إلى تسع عشرة، ومن تسع عشرة شاب إلى أربع وثلاثين، ومن أربع وثلاثين كهلاً إلى إحدى وخمسين، ومن إحدى وخمسين شيخ إلى آخر عمره. وأما الشرع فالغلام لمن لم يبلغ حد البلوغ معلوم، فإذا بلغ صار شاباً وفتى. وعن أبي يوسف أن من ثلاث وثلاثين الكهولة، فإذا بلغ خمسين فهو شيخ. قال القدوري: قال أبو يوسف: الشاب من خمس عشرة إلى خمسين سنة إلا أن يغلب عليه الشمط قبل ذلك، والكهل من ثلاثين إلى آخر عمره، والشيخ فيما زاد على الخمسين. وكان يقول قبل هذا: الكهل من ثلاثين إلى مائة سنة وأكثر، والشيخ من أربعين إلى مائة، وهنا روايات أخرى وانتشار، والمعوّل عليه ما به الإفتاء.

كالصديق والمرأة لأنه يعادي لذاته فكانت الإضافة للتعريف، والداعي لمعنى في المضاف إليه غير ظاهر لعدم التعين: أي لعدم تعين المضاف إليه للهجران لكون المضاف أيضاً صالحاً لذلك. وإذا كانت للتعريف لم يشترط دوامها لما ذكرنا، بخلاف ما تقدم، يعني إضافة الملك لتعيين المضاف إليه لذلك. واعترض بأن الدابة والدار والمرأة يجوز أن تهجر لذاتها لشؤمها كما جاء في الحديث. وأجيب بأن ذلك احتمال لم يقترن به عرف فلا يكون معتبراً. وقوله: (وإنه حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان) ظاهر. وقوله: (وهذه الصفة ليست بداعية إلى اليمين) جواب عما يقال لو كانت الصفة في الحاضر لغوا لحنث إذا حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ما صار تمراً. وتقريره: الصفة في الحاضر لغو إذا لم تكن داعية إلى اليمين، وهذه كذلك على ما مر من قبل: يعني في أول باب اليمين في الأكل والشرب، بخلاف الرطب فإن صفتها داعية إلى اليمين.

فصل

قال: (ومن حلف لا يكلم حيناً أو زماناً أو الحين أو الزمان فهو على ستة أشهر) لأن الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به أربعون سنة، قال الله تعالى: ﴿هل أتى على الإنسان حين من الدهر﴾ وقد يراد به ستة أشهر، قال الله تعالى: ﴿تؤتي أكلها كل حين﴾ وهذا هو الوسط فينصرف إليه، وهذا لأن اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة. والمؤبد لا يقصد غالباً لأنه بمنزلة الأبد، ولو سكت عنه يتأبد فيتعين ما ذكرنا. وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين، يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا إذا لم تكن له نية، أما إذا نوى شيئاً فهو على ما نوى لأنه نوى

فصل في يمين من حلف لا يكلم حيناً أو زماناً

لما كان ما فيه كالتبع لما تقدم ترجمه بالفصل قوله: (ومن حلف لا يكلمه حيناً أو زماناً أو الحين أو الزمان فهو على ستة أشهر في النفي) كلا أكلمه الحين أو حيناً (والإثبات) نحو لأصومنّ حيناً أو الحين أو الزمان أو زماناً، كل هذا إذا لم ينو مقداراً معيناً من الزمان، فإن نوى مقداراً صدق لأنه نوى حقيقة كلامه لأن كلا من الحين كلا والزمان للقدر المشترك بين القليل والكثير والمتوسط واستعمل في كل ذلك، ففي القليل قول نابغة ذبيان:

فبت كأني ساورتني ضئيلة ... من الرقش في أنيابها السم ناقع

تبادرها الراقون من سوء سمها ... تطلقه حيناً وحيناً تراجع

يريد أن السم تارة يخف ألمه وتارة يشتد، وأما في الكثير فالمفسرون في ﴿هل أتى على الإنسان حين من الدهر﴾ [الإنسان ١] أنه أربعون سنة. وأما في المتوسط فقوله تعالى ﴿تؤتي أكلها كل حين بإذن ربها﴾ [إبراهيم ٢٥] وذلك ستة أشهر عن ابن عباس رضي الله عنه، لأن من حين يخرج الطلع إلى أن يصير رطباً ستة أشهر، ولما وقع الاستعمال كذلك ولا نية معينة للحالف حملناه على الوسط من ذلك وهو ستة أشهر، ولأن اليسير لا يقصد بالحلف وإلا لم يحلف لتحقق الامتناع عنه عادة بلا يمين. والمديد وهو أربعون سنة لا يقصد بالحلف عادة لأنه في معنى الأبد. فمريده خارج عن العادة إذ لم يسمع من يقول لا أكلمه أربعين سنة مقيداً بها، ولو سكت عن الحين وما معه تأبد، فالظاهر أنه حينئذ لم يرد أقل ما ينطلق عليه الاسم من الزمان ولا الأبد ولا الأربعين فيحكم بالوسط في الاستعمال وهو ما ذكرنا، والشافعي يصرفه إلى الأقل وهو ساعة وعرفت أنه لم يقصد وإلا ترك ذكره ويحصل بلا حلف، والزمان يستعمل استعمال الحين، يقال ما رأيتك منذ زمان كما يقال منذ حين، وليس المراد من هذا أنه ثبت استعماله لستة أشهر ولأربعين سنة ولأقل ما ينطلق عليه، بل إنه ثبت استعماله في المديد والقصير والمتوسط، وهو أخو الحين في الوضع والاستعمال في ذلك وإن يكن مثله في خصوص المدة فيصرف إلى ما سمع متوسطاً. ثم قيل: هذا إن تم في زمان المنكر لم يتم في المعرف، بل

فصل

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل من نوع الكلام متعلقة بالأزمان سماه فصلاً (ومن حلف لا يكلم فلاناً حيناً أو زماناً أو الحين أو الزمان ولا نية على شيء من الوقت فهو على ستة أشهر لأن الحين قد يراد به الزمان القليل) قال الله تعالى ﴿فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون﴾ والمراد به وقت الصلاة، وقد يراد به أربعون سنة قال الله تعالى ﴿هل أتى على الإنسان حين من الدهر﴾ قال المفسرون: المراد به أربعون سنة، وقد يراد به ستة أشهر قال الله تعالى ﴿تؤتي أكلها كل حين﴾ أي كل ستة أشهر، فمن وقت الطلع إلى وقت الرطب ستة أشهر، ومن وقت الرطب إلى وقت الطلع ستة أشهر، ومعناه أنه ينتفع بها في كل

فصل

حقيقة كلامه (وكذلك الدهر عندهما. وقال أبو حنيفة: الدهر لا أدري ما هو) وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح، أما المعرف بالألف واللام يراد به الأبد عرفاً. لهما أن دهراً يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ دهر بمعنى. وأبو حنيفة توقف في تقديره لأن اللغات لا تدرك قياساً والعرف لم يعرّف استمراره لاختلاف في

الظاهر فيه أنه للأبد كالدهر والعمر ولذا صح الاستثناء منه، فلو قال لا أكلمه الزمان إلا سنة صح، وعهدية الستة أشهر إنما تثبت في لفظ الحين وكون الزمان مثله إن أريد في الوضع فمسلم ولا يفيد، لأن المقصود أن يحمل اللفظ عند عدم المعين الخصوص مدة على المدة التي استعمل فيها وسطاً، وإن أريد في الاستعمال فيحتاج إلى ثبت من موارد الاستعمال ولم يوجد هذا ويعتبر ابتداء الستة أشهر من وقت اليمين، بخلاف لأصومنّ حيناً أو زماناً كان له أن يعين أيّ ستة أشهر شاء وتقدم الفرق قوله: (وكذلك الدهر عند أبي يوسف ومحمد) يعني المنكر ينصرف إلى ستة أشهر إذا لم تكن له نية في مقدار من الزمان، فإن كل عمل به اتفاقاً. وقال أبو حنيفة: الدهر لا أدري ما هو، وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح احترازاً عما ذكر الشيخ أبو المعين من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف أنه قال: لا فرق على قول أبي حنيفة بين قوله دهراً والدهر. والصحيح أن المعرف بالاتفاق إلى الأبد، وإنما توقفه في المنكر لأن استعمالاته لم تثبت على الأنحاء الثلاثة المديد والقصير والوسط، فلم يدر بماذا يقدر، وتقديره بالمتيقن وهو أقل ما ينطلق عليه اسم الزمان فيه من الاستبعاد ما تقدم ولم يثبت توقيت في زائد عليه فلزم التوقف، وقيل لأنه جاء في الحديث أن الدهر هو الله تعالى في قوله ﷺ «لا تسبوا الدهر فإن الدهر هو الله»[1] فإذا قال لا أكلمه الدهر احتمل أن اليمين مؤبدة، والمعنى والله لا أكلمه والله، فإنك علمت أن حرف القسم يحذف وينصب الاسم، ويحتمل أنه أراد الظرف وهو الأبد، وقول الشاعر:

هل الدهر إلا ليلة ونهارها وإلا طلوع الشمس ثم غيارها

فالنكرة وإن كانت في الإثبات فهي للعموم بقرينة: أي كل وكل غروب الخ، وعرف أنها تستعمل في الإثبات للعموم بقرينة مثل ﴿علمت نفس ما أحضرت﴾ [التكوير ١٤] وهذا الوجه يوجب توقفه في المعرّف أيضاً لأن الذي يراد به الله سبحانه وتعالى هو المعرف منه لا المنكر، وتوقفه دليل فقهه ودينه وسقوط اعتباره نفسه، رحمنا الله به، وقد نظم جملة ما توقف فيه فقال بعضهم:

وقت لا ينقطع نفعها البتة (وهذا هو الوسط فيصرف إليه) إذا لم تكن له نية. وقوله: (وهذا) أي الانصراف إلى ستة أشهر (لأن القصير لا يقصد بالمنع) لعدم الحاجة إلى اليمين في الامتناع عن الكلام في ساعة واحدة لأنه يوجد فيها عادة بلا يمين، والمديد لا يقصد غالباً لأنه بمنزلة الأبد لأن من أراد ذلك يقول أبداً في العرف، فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين، ولو سكت تأبد اليمين فحيث ذكر لا بد له من فائدة سوى المستفاد عند عدم ذكره وإلا لا يكون لذكره فائدة فتعين الأوسط. وقوله: (وكذا الزمان) ظاهر. يعني يقع على ستة أشهر المنكر والمعرف سواء وقال أبو حنيفة: (الدهر لا أدري ما هو) وهذا الاختلاف في المنكر. وقوله: (هو الصحيح) احتراز عن رواية بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه قال لا فرق على قول أبي حنيفة بين قوله دهراً وبين قوله الدهر،

قال: (بعض أصحابنا إن الدهر بلام التعريف إلخ) أقول: ففي الدهر المعرف منهما روايتان فلا غبار في كلام الشرح قوله: (ويقال دهري، إلى قوله: عند الإطلاق) أقول: فيه تأمل.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٢٢٤٦ حـ ٥ وأحمد ٢/ ٤٩١، ٤٩٦، ٤٩٩. وأبو يعلى ٦٠٦٦ والخطيب في تاريخ بغداد ٧/ ٣٣٤ من طرق كلهم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة مرفوعاً: «لا تسبوا الدهر فإن الله هو الدهر». وأخرجه البخاري ٤٨٢٦ و ٧٤٩١ ومسلم ٢٢٤٦ حـ ٢ وأبو داود ٥٢٧٤ والحميدي ١٠٩٦ وأحمد ٢/ ٢٣٨ من طرق كلهم عن أبي هريرة قال: «قال رسول الله ﷺ: قال الله تعالى: يؤذيني ابن آدم يسب الدهر، وأنا الدهر بيدي الأمر أقلب الليل والنهار».

تنبيه: وقد قدم المصنف في الحديث، وأخّر وصوابه ما ذكرت.

الاستعمال (ولو حلف لا يكلمه أياماً فهو على ثلاثة أيام) لأنه اسم جمع ذكر منكراً فيتناول أقل الجمع وهو الثلاث. ولو حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة، وقالا: على أيام الأسبوع. ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة أشهر عنده. وعندهما على اثني عشر شهراً لأن اللام للمعهود وهو ما ذكرنا، لأنه يدور عليها. وله أنه جمع

مـــن قـــال لا أدري لـــمـــا لـــم يـــدره | فـــقـــد اقـــتـــدى فـــي الـــفـــقـــه بـــالـــنـــعـــمـــان
فـــي الـــدهـــر والـــخـــنـــثـــى كـــذاك جـــوابـــه | ومـــحـــل أطـــفـــال ووقـــت خـــتـــان

والمراد بالأطفال أطفال المشركين على ما قدمنا في الجنائز.

[فرع] إذا قال لا أكلمه العمر فهو على الأبد. واختلف جواب بشر بن الوليد في المنكر نحو عمراً، فمرة قال في لله عليّ صوم عمر يقع على يوم واحد، ومرة قال هو مثل الحين ستة أشهر إلا أن ينوي أقل أو أكثر قوله: (ولوحلف لا يكلمه أياماً فهو على ثلاثة أيام) ذكره في الجامع الكبير، وذكر فيه أنه بالاتفاق، فإنه قال وأجمعوا فيمن قال إن كلمتك دهوراً أو أزمنة أو شهوراً أو سنين أو جمعاً أو أياماً يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لأنها أدنى الجمع المتفق عليه، وذكر في كتاب الأيمان أنها على عشرة أيام عنده كالمعرف. قال الإسبيجابي: والمذكور في الجامع أصح. ووجهه المصنف بقوله لأن اسم جمع منكر فيتناول أقل الجمع وهو الثلاث كما يتناول أكثر منه، لكن لا معين للزائد فلزم المتيقن، كما لو حلف لا يشتري عبيداً ولا يتزوّج نساء يقع على ثلاثة. وأورد أن حكاية الاتفاق في المثل المذكورة توجب عدم توقف أبي حنيفة في معنى الدهر لأن من لا يدري معنى المفرد لا يدري معنى الجمع، وهذا ليس بشيء إذ قوله الدهور لثلاثة ما يراد به ليس فيه تعيين معناه أنه ما هو، نعم يلزم لكل عاقل نفي أن يراد به الله سبحانه وتعالى لمكان الجمع. ومن فروع المنكر حلف لا يكلمه يوماً إن حلف قبل الطلوع فهو على ما من الطلوع إلى الغروب، وإن حلف بعده فهو على ما من وقت حلفه إلى مثله من اليوم الثاني ويدخل الليل فإن كلمة ليلاً حنث، ولو قال اليوم وقع على بقية يومه، ولو حلف لا يكلمه يومين دخل الليل سواء حلف بعد الطلوع أو قبله، والجواب في الليل مثله في اليوم قوله: (ولو حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة) وكذلك الجمع والشهور والسنين والدهور والأزمنة

وإذا كان الاختلاف في المنكر فالمعرف يكون متفقاً عليه؛ فإما أن يكون ستة أشهر، كما قالا، وإما أن يكون يقع على الأبد كما قال بعض أصحابنا إن الدهر بلام التعريف يقع على الأبد بلا خلاف بينهم، وهو الذي ذكره المصنف بقوله أما المعرف بالألف واللام فيراد به الأبد عرفاً. ووجه الجانبين في المنكر ما ذكره في الكتاب وهو واضح. فإن قيل: ذكر في الجامع الكبير وأجمعوا فيمن قال إن كلمتك دهوراً أو أزمنة أو شهوراً أو سنين أو جمعاً أو أياماً يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لأنها أدنى الجمع المتفق عليه، وكان أبو حنيفة أيضاً قائلاً في دهور منكرة بثلاثة منها، فكل دهر ستة أشهر كما هو قولهما، والحكم في الجمع موقوف على معرفة الإفراد فكيف حكم في الجمع وتوقف في المفرد؟ أجيب بأن ذلك تفريع لمسئلة الدهر على قول من يدعي معرفة الدهر فكأنه قال: من وقف على معنى الدهر يجب عليه أن يقول في الجمع المنكر منه بثلاثة كما في الأزمنة والشهور كما فعل مثل ذلك في المزارعة. وبيان اختلاف الاستعمال فيه أن معرفه يقع الأبد بخلاف الحين والزمان، ويقال دهريٌّ لمن قال الدهر وأنكر الصانع. وحكى الله تعالى عنهم بقوله ﴿وما يهلكنا إلا الدهر﴾ قال ﷺ «لا تسبوا بالدهر فإن الدهر هو الله» فهذا اسم لم يوقف على مراد المتكلم عند الإطلاق؛ والتوقف في مثل ذلك لا يكون إلا من كمال العلم والورع. وقوله: (ولو حلف لا يكلمه أياماً فهو على ثلاثة أيام) هو رواية الجامع الكبير، وذكر فيه أنه بالاتفاق، وذكر في كتاب الأيمان أنه على عشرة أيام عنده كما في المعرف. قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: والمذكور في الجامع أصح لأنه ذكر الأيام بالتنكير، ولا دلالة فيه على الجنس والعهد فيقع على أقل الجمع وهو الثلاثة. ولو حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة، وقال: على أيام

قوله: (ينصرف إلى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع) أقول: أي من العدد قوله: (قيل: أي لأن الشهور إلخ) أقول: صاحب القيل هو الإتقاني.

. . . .

للتعريف ينصرف إلى عشرة من تلك المعدودات، ففي غير الأزمنة ظاهر، وفي الأزمنة يلزمه خمس سنين لأن كل زمان ستة أشهر عند عدم النية. وقالا: في الأيام ينصرف إلى أيام الأسبوع، وفي الشهور إلى اثنيّ عشر شهراً، وفي الجمع والسنين والدهور والأزمنة ينصرف إلى جميع العمر وهو الأبد. وجه قولهما أن اللام للعهد إذا أمكن، وإذا لم يكن صرفت إلى الاستغراق والعهد ثابت في الأيام السبعة فانصرفت الأيام إليها، وفي الشهور شهور السنة فينصرف التعريف إليها، ولا عهد في خصوص فيما سواهما فينصرف إلى استغراق الجمع والسنين والدهور والأزمنة وذلك هو جميع العمر أو هي للعهد فيها أيضاً، فإن المعهود بعد ما ذكرنا ليس إلا العمر وهو قول المصنف لأنه لا معهود دونه: أي دون العمر، وحاصلة استغراق سني العمر وجمعه. وله أنه جمع معرف باللام فينصرف إلى أقصى ما عهد مستعملاً فيه لفظ الجمع على اليقين وذلك عشرة، وعهديته كذلك فيما إذا وقع مميز العدد قبله فإنه يقال ثلاثة أيام فيكون لفظ أيام مراداً بها الثلاثة بيقين، وكذا أربعة أيام وخمسة أيام إلى عشرة، فكانت العشرة منتهى ما قطع بإرادته بلفظ الجمع فيما لا يحصى من الاستعمالات فكان معهوداً من لفظ الجمع، بخلاف قوله تعالى ﴿وقطعناهم اثنتي عشرة أسباطاً أمماً﴾ [الأعراف ١٦٠] و ﴿إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً﴾ [التوبة ٣٦] فإن الجمع هنا وإن أريد به يقيناً ما يزيد على العشرة لكنه بوجود ذلك مراداً مرة لا يصير معهوداً من اللفظ بحيث يصرف إليه متى ذكر بلامعين وكان المعهود مما يستعمل فيه لفظ الجمع يقيناً مستمراً ليس إلا العشرة فما دونها، والعشرة منتهى ما عهد شائعاً إرادته به قطعاً فيجب الحمل عليه، وبخلاف ما إذا لم يقع مميزاً لعدد نحو ﴿وتلك الأيام نداولها بين الناس﴾ [آل عمران ١٤٠] حيث أريد به جميع الأيام فإن اللام فيه للجنس على سبيل الاستغراق، ولا ينكر أن يراد باللام ذلك، لكن المقرر أنه حيث أمكن العهد حمل عليه دون الجنس والاستغراق، والعهد ثابت فيما يراد بالجمع عند عدم قرينة. والفرض أن الحالف لم يرد شيئاً بعينه فالواجب أن يصرف إلى المعهود المستمر، وإنما اعتبر أقصى المعهود وإن كان ما دونه معهوداً أيضاً لأنه كما عهد استعماله مميزاً في العشرة عهد فيما دونها لاستغراق اللام، ولما كان الاستغراق الذي حكم به عند عدم العهد إنما ثبت لأن مدخول اللام لما لم يكن عهد ولا قرينة تعين غير الاستغراق من المراتب حتى صرف إلى الجنس الصالح للقليل والكثير كان للاستغراق وهنا أيضاً كذلك لما انصرف إلى المعهود، والمعهود كل مرتبة من المراتب التي أولها ثلاثة وأقصاها عشرة ولا معين كانت لاستغراق المعهود، وبهذا التقرير يندفع ما أورده ابن العز من قوله: وهذا أي كون أقصى ما يراد به العشرة إنما يكون عند ذكر العدد، وإذا لم يذكر يسمى الزائد عليه بالجمع بلا ريب، وذكر شاهد ذلك قوله تعالى ﴿وتلك الأيام نداولها﴾ [آل عمران ١٤٠] و ﴿إن عدة الشهور﴾ قال: وليس في قول الحالف لا أكلمه الشهور إسم العدد، فلا يصح أن يقال إنه أقصى ما يذكر بلفظ الجمع وكذلك الأيام، وإنما قلنا: إنه اندفع لأنك علمت أن القصد تعيين ما عهد مراداً بلفظ الجمع على وجه الاستمرار ليحمل عليه لفظ الجمع الخاص عند عدم إرادة شيء بعينه، فكون لفظ أريد به غير ما عهد مستمراً كثيراً لا يوجب نفي عهديته في غيره، وأما مشاحته الخبازي حيث قال الخبازي اسم الجمع للعشرة وما دونها إلى الثلاثة حقيقة حالتي الإطلاق واقترانه بالعدد، ولما زاد على العشرة عند الإطلاق عن العدد والاسم متى كان للشيء في جميع الأحوال كان أثبت مما هو اسم له في حال دون حال فليست بشيء فإنه دفع كلامه هذا بقوله كأنه لم يبلغه الفرق بين الجمع واسم الجمع فلهذا قال إنه للعشرة وما دونها حقيقة في حالين ولما فوقها في حالة واحدة، وإنما قالوا هذا بعض أسماء الجموع أنه يطلق من الثلاثة إلى العشرة كما في رهط وذود ونفر إلى آخر

الأسبوع. والأصل أن حرف التعريف إذا دخل على اسم الجمع ينصرف إلى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع عند أبي حنيفة وهو العشرة، لأن الناس يقولون في العرف ثلاثة أيام وأربعة أيام إلى عشرة أيام، ثم بعد ذلك يقولون أحد عشر يوماً ومائة يوم وألف

معرف فينصرف إلى أقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة (وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين) وعندهما ينصرف إلى العمر لأنه لا معهود دونه (ومن قال لعبده إن خدمتني أياماً كثيرة فأنت حرّ فالأيام الكثيرة عند أبي حنيفة رحمه الله

ما ذكره ولم يعلم أن الإضافة في قول الخبازي اسم الجمع بيانية، والمعنى الاسم الذي هو الجمع، ومثل هذا في عبارات جميع أهل الفنون أكثر وأشهر من أن يخفى على ناظر في العلم، فحاصل كلام الخبازي أن الجمع في العشرة فما دونها أثبت منه فيما زاد عليه لأن الأول يراد به في حالتين والثاني في حالة، يعني فكان الحمل على ما عهد له في الحالتين عند عدم المعين لازماً، وحقيقة ما ذكرناه في مبدإ التقرير شرح له، والله الموفق. نعم لقائل أن يرجح قولهما في الأيام والشهور بأن عهدهما أعهد وذلك لأن عهدية العشرة إنما هو للجمع مطلقاً من غير نظر إلى مادة خاصة: يعني الجمع مطلقاً عهد للعشرة، فإذا عرض في خصوص مادة من الجمع كالأيام عهدية عدد غيره كان اعتبار هذا المعهود أولى، وقد عهد في الأيام السبعة وفي الشهور الاثني عشر فيكون صرف خصوص هذين الجمعين إليهما أولى، بخلاف غيرهما من الجموع كالسنين والأزمنة، فإنه لم يعهد في مادتيهما عدد آخر فيصرف إلى ما استقر للجمع مطلقاً من إرادة العشرة فما دونها. فإن قيل: هذه مغالطة فإن السبعة المعهودة نفس الأزمنة الخاصة المسماة بيوم السبت ويوم الأحد إلى آخره، والكلام في لفظ أيام إذا أطلق على عهد منه تلك الأزمنة الخاصة للسبعة لا شك في عدم ثبوته في الاستعمال إذ لم يثبت كثرة إطلاق لفظ أيام وشهور ويراد به يوم السبت والأحد إلى الجمعة والمحرم وصفر إلى آخرها على الخصوص، بل الأزمنة الخاصة المسميات متكرّرة وغير متكررة وغير بالغة السبعة بحسب المرادات للمتكلمين، فالجواب منع توقف انصراف اللام إلى العهد على تقدم العهد عن لفظ النكرة بل أعم من ذلك، بل لا فرق بين تقدم العهد بالمعنى عن اللفظ أولاً عنه فإنه إذا صار المعنى معهوداً بأيّ طريق فرض ثم أطلق اللفظ الصالح له معرفاً باللام انصرف إليه. وقد قسم المحققون العهد إلى ذكريّ وعلمي ومثل للثاني بقوله تعالى ﴿إذ هما في الغار﴾ [التوبة ٤٠] فإن ذات الغار هي المعهودة لا من لفظ سبق ذكره بل من وجود فيه، وعلى هذا فيجب جعل ما سماه طائفة من المتأخرين بالعهد الخارجي أعم مما تقدم ذكره أو عهد بغيره كما ذكرنا. ونظير هذا قولنا العام يخص بدلالة العادة، فإن العادة ليست إلا عملاً عهد مستمراً ثم يطلق اللفظ الذي يعمها وغيرها فيقيد بها لعهديتها عملاً لا لفظاً ولا قوة إلا بالله قوله: (ومن قال لعبده إن خدمتني أياماً كثيرة فأنت حرّ فالأيام الكثيرة عند أبي حنيفة عشرة أيام لأنه أكثر ما تناوله اسم الأيام) على اليقين على ما تقدم وقالا: (سبعة أيام لأن ما زاد عليها تكرار) وقد يقال قد تقدم في قضاء الفوائت أن الكثرة بالدخول في حد التكرار، ومقتضاه إن نظر إلى الكثرة بهذا المعنى هنا أن لا يحنث إلا بثمانية أيام، وإنما لم ينظر إلى الكثرة من جهة العرف لأن العرف مختلف، فربما يقال في السبعة كثيرة وربما يقال قليلة، وكذا العشرة والعشرون فإنه يقال باعتبارات ونسب لم تنضبط. وصورة المسئلة أن لا نية للقائل في مقدار الكثير، ففرّع كلّ على أصله. ثم قال أبو اليسر: أما بلساننا فلا يجيء هذا الاختلاف بل يصرف إلى أيام الجمعة بالاتفاق، حتى لو قال لعبده اكر خدمت كنى مراروزهاى بسيازتوازاوى[1] إذا خدم سبعة أيام يعتق لأن في لساننا تستعمل مع جميع لأعداد لفظة روز فلا يجيء ما قال أبو حنيفة من انتهاء الأيام إلى العشرة، وهذا حسن والله أعلم.

يوم، فلما كانت العشرة أقصى ما ينتهي إليه لفظ الجمع كانت هي المرادة، بخلاف ما إذا حلف لا يتزوّج النساء حيث يقع اليمين على الواحدة لتعذر صرفه إلى أقصى ما ينتهي إليه اسم النساء. وعندهما ينظر إن كان ثمة معهود ينصرف إليه وإلا ينصرف إلى جميع العمر، وفي الأيام المعهود في عرف الناس أيام الأسبوع فكانت مرادة، وفي الشهور المعهود شهور السنة فكانت مرادة

قوله: (وقيل: في تعليل المصنف نظر إلخ) أقول: صاحب القيل هو الإتقاني أيضاً.

---

(١) كلمات فارسية.

عشرة أيام) لأنه أكثر ما يتناوله اسم الأيام، وقالا: سبعة أيام لأن ما زاد عليها تكرار. وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف إلى سبعة أيام لأنه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع.

[فروع] قال أول يوم من هذا الشهر فهو على السادس عشر منه، وآخر يوم من أول هذا الشهر يقع على الخامس عشر منه، وجمع وسنون منكر يقع على ثلاث بالاتفاق. ولو حلف ليفعلن كذا عند رأس الشهر أو عند رأس الهلال أو إذا أهلّ الهلال ولا نية له فله الليلة التي يهلّ فيها ويومها، وإن نوى الساعة التي أهلّ فيها صحت نيته لأنه حقيقة كلامه وفيه تغليظ عليه. ولو قال أوّل الشهر ولا نية له فله من اليوم الأول إلى خامس عشره، وإن قال آخر الشهر فمن سادس عشره إلى آخره، أو غرّة الشهر فالليلة الأولى واليوم الأول في العرف، وإن كان في اللغة للأيام الثلاثة أو سلخ الشهر فالتاسع والعشرون، وإن قال صلاة الظهر فله وقت الظهر كله، وعند طلوع الشمس له من حين تبدو إلى أن تبيض، وإن قال وقت الضحوة فمن حين تبيض إلى أن تزول، ففي أيّ وقت فيما بين ذلك فعل برّ، وإن قال المساء فقد تقدم أن المساء مساءان، ولو قال في الشتاء ونحوه فعن محمد إن كان عندهم حساب يعرفون به الشتاء والربيع والصيف والخريف فهو على حسابهم، وإن لم يكن فالشتاء ما يشتد فيه البرد على الدوام، والصيف ما يشتد فيه الحر على الدوام؛ فعلى هذا القياس: الخريف ما ينكسر فيه الحر على الدوام، والربيع ما ينكسر فيه البرد على الدوام. وقال أبو الليث: قال محمد: ليس عندنا شيء في معرفة الصيف، إنما يرجع فيه إلى قول الناس، فإذا قالوا بأجمعهم ذهب الشتاء والصيف فهو كذلك يعتبر العرف في هذه المسائل. وفي الواقعات والمختار أنه إذا كان الحالف في بلد لهم حساب يعرفون به الصيف والشتاء مستمراً ينصرف إليه، وإلا فأول الشتاء ما يلبس الناس فيه الحشو والفرو، وآخره ما يستغنى فيه عنهما، والفاصل بين الشتاء والصيف إذا استثقل ثياب الشتاء واستخف ثياب الصيف، والربيع من آخر الشتاء إلى أول الصيف، والخريف من آخر الصيف إلى أوّل الشتاء، لأن معرفة هذا أيسر للناس. وقيل إذا كان على الأشجار أوراق وثمار فهو صيف، وإذا بقي الأوراق دون الثمار فخريف، وإذا لم يبق عليها أوراق فالشتاء، وإذا خرجت الأوراق دون الثمار فالربيع وهو إذا خرجت الأزهار. ولو قال إلى وقوع الثلج أراد وقت وقوعه فعلى ذلك وهو الشهر الذي يقال له بالفارسية أذار، فإذا لم يكن له نية أو نوى حقيقة وقوعه فعلى حقيقة الوقوع وهو الشهر الذي يحتاج فيه إلى كنسه ولا يعتبر ما يطير في الهواء وما لا يستبين على وجه الأرض. ولو وقع الثلج في بلد غير بلد الحالف لا يعتبر بل المعتبر وقوعه في بلدته حتى لو كان الحالف في بلدة لا يقع بها ثلج تأبدت اليمين. ولو قال إلى قدوم الحاج فقدم واحد منهم انتهت اليمين، ولو ذكر ليلة القدر فإن كان لا يعرف اختلاف العلماء فيها، فعلى السابعة والعشرين من شهر رمضان، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، وإن كان لا يعرف لا ينصرف إليها، والخلاف فيه معروف بين علمائنا، فإن كان حلف في أثناء الشهر لا يحنث عندهما حتى يجيء مثله من رمضان القابل، وعند أبي حنيفة حتى يمضي كل رمضان القابل وعليه الفتوى وهذا بناء على أنها في رمضان عند الكل لكنه يقول تتقدم وتتأخر، وعندهما في ليلة بعينها لا تتقدم ولا تتأخر لكن لا تعرف.

وهي اثنا عشر شهراً، ولا معهود في الجمع والسنين فينصرف يمينه إلى جميع العمر. وقوله: **(لأنه يدور عليها)** قيل أي لأن الشهور تدور على اثني عشر، وكان القياس أن يقول: لأنها تدور عليه، ولكن أوّل بالمذكور في الأوّل وبالإفراد في الثاني. وقوله: **(ومن قال لعبده)** ظاهر. وقوله: **(وقيل لو كانت اليمين بالفارسية)** يعني مثل أن يقول أكر خدمت كني مراروز هاي بسيار توازاذي إذا خدم سبعة أيام ينبغي أن يعتق لأن في لساننا يستعمل في جميع الأعداد لفظة روز فلا يجيء ما قال أبو حنيفة في العربية من انتهاء لفظ الجمع إلى عشرة، فلذلك أريد في العربية أكثر ما ينطلق عليه اسم الأيام، لأن بعد ذلك لا يقال أيام بل يقال إحدى عشر يوماً ومائة يوم وألف يوم. وقيل في تعليل المصنف نظر لأن لفظ الفرد بالفارسية إما أن يفهم منه معنى الجمع أو لا، فإن فهم ينبغي أن يكون العربي والفارسي سواء، وإن لم يفهم ينبغي أن لا يكون الأسبوع مراداً أيضاً. ويمكن أن يجاب عنه بأنه يفهم منه معنى الجمع. وقوله: ينبغي أن يكون العربي والفارسيّ سواء، قلنا: ممنوع لأن لفظ الفارسي وإن أفاد معنى الجمع لكن لا ينتهي إلى العشرة وتخصيص أيام الأسبوع لكونه المعهود أو لعدم القائل بالفصل.

باب اليمين في العتق والطلاق

(ومن قال لامرأته إذا ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولداً ميتاً طلقت، وكذلك إذا قال لأمته إذا ولدت ولداً فأنت حرة) لأن الموجود مولود فيكون ولداً حقيقة ويسمى به في العرف، ويعتبر ولداً في الشرع حتى تنقضي به العدة، والدم

باب اليمين في العتق والطلاق

لما كثر وقوع الحلف بالطلاق والعتاق بعد ما تقدم قدمه على ما بعده قوله: (ومن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فولدت ولداً ميتا طلقت) وكذا إذا علق به عتق أمة لأن بولادة الميت يتحقق الشرط لأن الميت ولد حقيقة وهو ظاهر. وشرعاً حتى تنقضي به العدة وتصير به نفساء إذا رأت الدم فتحرم الصلاة عليها وتصير به الأمة أم ولد. وفي الحديث من رواية أبي عبيد عنه ﷺ أنه قال في السقط «يظل محبنطئاً على باب الجنة حتى يدخل أبواه الجنة»[1] يروى بالهمزة وهو العظيم البطن المنتفخ: أي ينفخ بطنه من الامتلاء من الغضب، وبلا همز هو المتغضب المستبطيء للشيء والفعل منهما احبنطأ مهموزاً أو احبنطى مقصوراً، ومن هذا يؤخذ أن السقط له حكم الولد، وكذلك هو في الحكم، فلو أسقطت سقطاً استبان بعض خلقه طلقت وعتقت أيضاً لأنه ولد حتى صارت الأمة به أم ولد، ولو لم يستبن شيء من خلقه لا يعتبر، وتقدم حكمه في الحيض قوله: (ولو قال إذا ولدت ولداً فهو حرّ فولدت ولداً ميتاً ثم آخر حياً عتق الحي وحده عند أبي حنيفة، وقال: لا يعتق واحد منهما لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا) آنفاً لكنه ليس محلاً للعتق فتنحل اليمين به ولا ينزل الجزاء، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق فأبانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت اليمين ولا يحنث، حتى لو رجعت فدخلت لا يقع. ولأبي حنيفة أن الشرط ليس إلا الولد الحيّ هنا، بخلاف ما قبله، وهذا لأنه جعل الجزاء وصفاً للموصوف بالشرط وهو الولد، وهذا الوصف الخاص وهو الحرية لا يكون إلا في الحيّ فتقيد الموصوف بالشرط بالحياة وإلا لغي الكلام، فكأنه قال إذا ولدت ولداً حياً، بخلاف جزاء الطلاق للأم وحريتها لأنه لا يصلح مقيداً للولد بالحي لأن الحرية والطلاق واقع وصفاً لغيره فلا يلزم تقييده به. وأورد عليه ما لو قيل إن اشتريت عبداً فهو حرّ فاشترى عبداً لغيره ثم عبداً لنفسه لا يعتق الثاني لانحلال اليمين بالأول ولم يتقيد ضرورة وصفه بالحرية بعبد لنفسه. أجيب بأن المشتري لغيره محل للإعتاق لصحة ثبوته فيه موقوفاً على إجازة مالكه فانحلت اليمين به

باب اليمين في العتق والطلاق

قدم هذا الباب على غيره لأن الحلف بهما أكثر وقوعاً فكان معرفة أحكامه أهم من غيره (ومن قال لامرأته إذا ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولداً ميتاً طلقت، ولو قال ذلك لأمته وعلق به الحرية عتقت) لأن الشرط ولادة الولد وقد تحققت لأن الموجود مولود حقيقة وعرفاً وحكماً؛ أما حقيقة فظاهر، وكذلك عرفاً لأنه يسمى في العرف ولداً، وأما شرعاً فلأن الشرع اعتبره ولداً حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد، وإذا تحقق الشرط ثبت الحكم (ولو قال إذا ولدت ولداً فهو حرّ فولدت ولداً ميتاً ثم آخر حياً عتق الحيّ وحده عند أبي حنيفة، وقالا: لا يعتق واحد منهما لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا) أن الموجود مولود الخ لكن الميت لما لم يكن محلاً للحرية انحلت اليمين لكن لا إلى جزاء كما لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق

باب اليمين في العتق والطلاق

---

(١) رواه أبو عبيد في غريب الحديث ولينظر إسناده.

بعده نفاس وأمه أم ولد له فتحقق الشراط وهو ولادة الولد (ولو قال إذا ولدت ولداً فهو حرّ فولدت ولداً ميتاً ثم آخر حياً عتق الحيّ وحده عند أبي حنيفة، وقالا: لا يعتق واحد منهما) لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا إلى جزاء لأن الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء. ولأبي حنيفة أن مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة

ولم يحتج إلى إضمار الملك فيه. أما الميت فلا يصح إيجاب العتق فيه لا موقوفاً ولا غيره، وبهذا يقع الجواب عما قد يورد من أن قوله إن دخلت فأنت طالق فإن الموصوف بالجزاء هو الموصوف بالشرط، ومع هذا لو أبانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت ولم يقع بعد ولم يضمر قوله إن دخلت الدار في عصمتي ونحوه لأنها بعد انقضاء العدة محل لمثل هذا المعنى؛ لأنه لو قال إن تزوّجتك فأنت طالق صحّ وتوقف على نكاحها فتطلق عنده بذلك الطلاق. وفي الإيضاح لو قال أول عبد دخل عليّ فهو حر فأدخل عليه عبد ميت ثم عبد حيّ يعتق الحيّ ولم يذكر الخلاف. والصحيح أنه على الاتفاق لأن العبودية لا تبقى بعد الموت. ولو قال أول عبد أملكه فهو حرّ فاشترى عبداً ونصفاً معاً عتق التام. بخلاف ما لو قال أوّل كرّ أملكه فهو هدي فملك كرّاً ونصفاً كذلك لم يهد شيئاً لأن النصف يزاحم كل نصف من الكرّ لأنه مع كل نصف منه كرّ بخلاف نصف العبد فإنه متصل بالنصف الآخر فيكمل العبد بنصفيه، ذكره التمرتاشي والمرغيناني قوله: (وإذا قال أوّل عبد أشتريه فهو حرّ) فاشترى عبداً عتق لأن الأول اسم لفرد سابق فتحقق بشرائه شرط العتق فيعتق، فإن اشترى عبدين معاً ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الأولين والسبق في الثالث فانعدمت الأولية فيه، ولو كان قال أوّل عبد أشتريه وحده فهو حرّ عتق الثالث لأنه يراد به التفرد به في حالة الشراء لأن وحده للحال لغة فيقيد عامله وهو الشراء بمعناه فيفيد أن الشراء في حال تفرد المشتري وهو صادق في الثالث فيعتق، بخلاف ما لو قال أوّل عبد أملكه واحداً لا يعتق الثالث لأن واحداً يحتمل التفرد في الذات فيكون حالاً مؤكدة لأن الواقع كونه كذلك في ذاته فلا يعتق لأن كلاً من الأولين كذلك فإنه أول بهذا المعنى فإنه في ذاته فرد واحد وسابق على من يكون بعده فلم يكن الثالث أولى بهذا المعنى، ويلزم على هذا أنه لو قصد هذا المعنى يعتق كل من الاثنين السابقين، ويحتمل كونه بمعنى الانفراد في تعلق الفعل به فتكون مؤسسة فيعتق لأنه المنفرد في تعلق الفعل، بخلاف الأولين فلا يعتق بالشك. وقيل لأنه يحتمل أن يكون حالاً من العبد وأن يكون حالاً من المالك: أي حال كوني منفرداً فلا يعتق بالشك، إليه أشار شمس الأئمة وقاضيخان قوله: (وإن قال آخر عبد أشتريه فهو حرّ فاشترى عبداً ومات المولى لم يعتق لأن الآخر فرد لاحق) والفرض أن لا سابق لهذا العبد فلا يكون لاحقاً فلم يتحقق مناط العتق فلم يعتق، وهذه المسئلة مع التي تقدمت تحقق أن المعتبر في تحقق

فدخلت الدار بعد ما أبانها وانقضت عدتها تنحل اليمين لا إلى جزاء. قوله: (ولأبي حنيفة أن مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة) يعني أن الولد وإن كان مطلقاً في اللفظ لكنه مقيد بوصف الحياة دلالة لأنه قصد إثبات الحرية له جزاء والميت ليس بمحل لها فصل كما لو قال إذا ولدت ولداً حياً ولم يوجد، بخلاف جزاء الطلاق وحرية الأم لأنه أي الجزاء لا يصلح مقيداً لاستغنائهما عن حياة الولد فلم يكن الشرط إلا ولادة الولد وقد تحققت على ما بينا. واستشكل بما لو قال إذا اشتريت عبداً فهو حر فاشترى عبداً لغيره انحلت يمينه، حتى لو اشترى بعد ذلك عبداً لنفسه لم يعتق مع أنه جعل شراء العبد شرطاً لحريته وعبد الغير ليس محلاً للحرية عن المشتري لعدم ملكه. وأجيب بأن الإضمار إنما يكون لتصحيح الكلام، والحاجة إلى إضمار الملك لتصحيحه ليست كالحاجة إلى إضمار الحياة لأن الحرية بدون الحياة لا تتصور أصلاً، وفي ملك الغير تتصور موقوفة على الاجازة فلا يلزم من وجوب إضمار الحياة إضماء الملك (ولو قال أوّل عبد أشتريه فهو حرّ) عى ما ذكر في الكتاب ظاهر، وكذا قوله أوّل عبد أشتريه وحده وهي من

قوله: (إذا قال واحد إلخ) أقول: ولأنه يحتمل أن يكون حالاً من العبد أو من المولى فلا يعتق بالشك، كذا قال الزيلعي أخذاً من الكافي. ونحن نقول وذلك الاحتمال ليس بثابت في وحده لمكان الضمير المانع عن الحالية من المولى، فإنه لو كان حالاً منه لقيل وحده كما لا يخفى قوله: (لأن قوله واحداً لم يفد أمراً زائداً) أقول: لكونه حالاً مؤكدة كقوله تعالى ﴿إنا أنزلناه قرآناً عربياً﴾ والتفصيل في شرح المفتاح للسيد.

لأنه قصد إثبات الحرية جزاء وهي قوّة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحياة فصار كما إذا قال إذا ولدت حياً، بخلاف جزاء الطلاق وحرية الأم لأنه لا يصلح مقيداً **(وإذا قال أول عبد أشتريه فهو حرّ فاشترى عبداً عتق)** لأن الأول اسم لفرد سابق **(فإن اشترى عبدين معاً ثم آخر لم يعتق واحد منهم)** لانعدام التفرد في الأولين والسبق في الثالث فانعدمت الأولية **(وإن قال أوّل عبد أشتريه وحده فهو حرّ عتق الثالث)** لأنه يراد به التفرد في حالة الشراء لأن وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف **(وإن قال آخر عبد أشتريه فهو حرّ فاشترى عبداً ثم مات لم يعتق)** لأن الآخر اسم لفرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقاً **(ولو اشترى عبداً ثم عبداً ثم مات عتق الآخر)** لأنه فرد لاحق فاتصف بالآخرية **(ويعتق يوم اشتراه عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يعتبر من جميع المال، وقالا: يعتق يوم مات)**

الآخرية وجود سابق بالفعل، وفي الأولية عدم تقدم غيره لا وجود آخر متأخر عنه، وإلا لم يعتق المشتري في قوله أول عبد أشتريه فهو حر إذا لم يشتر بعده غيره، ولو اشترى عبداً ثم عبداً في قوله آخر عبد أشتريه فهو حر ثم مات المولى عتق الآخر اتفاقاً لأنه فرد لاحق لم يعقبه غيره. واختلفوا في وقت عتقه، فقال أبو حنيفة: يعتق من يوم اشتراه حتى يعتبر عتقه من جميع المال إن كان اشتراه في الصحة وإلا عتق من الثلث، وقالا: يعتق يوم مات المولى حتى يعتبر عتقه من الثلث سواء اشتراه في الصحة أو المرض. وجه قولهما أن الآخرية لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده إلى الموت فصار كأنه قال: إن لم أشتر بعدك آخر فأنت حرّ، ولو قاله كان الشرط متحققاً عند الموت فيقتصر عليه فكذا إذا كان معناه ثابتاً. ولأبي حنيفة أن الموت معرف للشرط وليس بشرط، وإنما الشرط اتصافه بالآخرية، وهذه الصفة حصلت له من وقت الشراء، إلا أن هذه الصفة بعرضية الزوال بأن يشتري بعده غيره، فإذا مات ولم يشتر تبين أنه كان آخراً من وقت الشراء فتبين به أنه عتق من ذلك الوقت، كما لو قال لامرأته إن حضت فأنت طالق فرأت الدم لا يحكم بطلاقها في الحال بل حتى يمتد ثلاثة أيام، فإذا امتدّ ظهر أنها طلقت حين رأت الدم حيث ظهر أن ذلك الدم كان حيضاً وكون صفة الآخرية إنما تثبت بعدم شراء غيره وأن العدم لا يتحقق إلا بالموت صحيح، لكنه لم يجعل الشرط عدم بل أمر آخر لا يتحقق ظهوره إلا به فلا يقع عنده مقتصراً إلا لو كان هو نفس الشرط، فإذا كان المظهر لتحقق الشرط ثبت عنده مستنداً، وعلى هذا الخلاف إذا قال آخر امرأة أتزوّجها فهي طالق ثلاثاً فتزوّج امرأة ثم أخرى ثم مات يقع عند الموت مقتصراً عندهما ومستنداً عنده، وفائدته: أي فائدة هذا الخلاف تظهر في حرمان الإرث وعدمه؛ فعندهما ترث لأنه يجعل فاراً حيث حكماً بطلاقها في آخر نفس من حياته ويلزمه مهر واحد إن كان دخل بها، وكذا إن لم يكن دخل بها لانتهاء النكاح بالموت، وتعتد عدة الوفاة والطلاق عند محمد، وعند أبي يوسف عدة الطلاق لا غير، ولو كان الطلاق رجعياً كان عليها عدة الوفاة، وعنده لا ترث لأنها طلقت ثلاثاً وقت تزوّجها، حتى لو دخل بها لزمه مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وتعتبر عدّة الطلاق، وهذا بخلاف قوله إن لم أتزوّج عليك، فإنه إذا مات يقتصر طلاقها على الحال بالاتفاق لأنه صرح بكون الشرط عدم التزوّج وهو أن يموت قبله فيتحقق به الشرط، وليس مثل الأول لأن مع آخر جزء من حياته آخر جزء من العدم المجعول شرطاً فلم يكن العدم السابق تمام الشرط، إذ ما لم يتم آخر الشرط لا يتحقق

مسائل الجامع الكبير. واستشكل بما لو قال أوّل عبد أملكه واحداً فهو حرّ فاشترى عبدين معاً ثم اشترى آخر لا يعتق الثالث مع أن معنى التفرد فيهما على طريق واحدة؛ وفرق بينهما بأن واحداً يقتضي نفي المشاركة في الذات، ووحده يقتضيه في الفعل المقرون به دون الذات ولهذا صدّق الرجل في قوله في الدار رجل واحد وإن كان معه فيها صبيّ أو امرأة وكذب في ذلك إذا قال وحده. وإذا كان كذلك قلنا: إذا قال واحداً إنه أضاف العتق إلى أول عبد مطلق لأن قوله واحداً لم يفد أمراً زائداً على ما أفاده لفظ أول فكان حكمه كحكمه. وإذا قال وحده فقد أضاف العتق إلى أوّل عبد لا يشاركه غيره في التملك والثالث بهذه الصفة فيعتق. وقوله: **(وإن قال آخر عبد أشتريه فهو حر)** واضح. قوله: **(ويعتبر من جميع المال)** يعني إذا كان اشتراه في الصحة وقوله: **(حتى يعتبر من ثلث المال)** يعني على كل حال لأن شرط العتق آخرية العبد المشتري وهي لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده وعدم شراء

حتى يعتبر من الثلث لأن الآخرية لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققاً عند الموت فيقتصر عليه. ولأبي حنيفة أن الموت معرف فأما اتصافه بالآخرية فمن وقت الشراء فيثبت مستنداً، وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به، وفائدته تظهر في جريان الإرث وعدمه **(ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حرّ فبشرّه ثلاثة متفرقين عتق الأول)** لأن البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه، ويشترط كونه ساراً بالعرف، وهذا إنما

الشرط، بخلاف الآخرية فإنها تتم بذلك الشرط إلى آخر ما ذكرناه.

ولو قال آخر امرأة أتزوّجها فهي طالق فتزوّجها ثم أخرى ثم طلق الأولى وتزوّجها ثم مات لم تطلق هي وتطلق التي تزوّجها مرة، لأن التي أعاد عليها التزوّج اتصفت بالأولية فلا تتصف بالآخرية، كقوله آخر عبد أضربه وضرب عبداً ثم آخر ثم أعاد الضرب على الأول ثم مات عتق الذي ضربه ثانياً لا المعاد عليه قوله: **(ولو قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حرّ فبشره ثلاثة متفرّقين)** أي متعاقبين عتق الأول منهم فقط لأن البشارة إنما تحققت منه لأنها اسم لخبر يغير بشرة الوجه، ويشترط كونه ساراً في العرف، وأما في اللغة فهو ما يغير البشرة ساراً كان أو ضاراً، قال تعالى ﴿فبشرهم بعذاب أليم﴾ [آل عمران ٢١] ولكن إذا وقع بما يكره قرن بذكر ما به الوعيد كما في الآية المذكورة، فلو ادعى أنه في اللغة أيضاً خاص بالمحبوب، وما ورد في المكروه فمجاز دفع بمادة اشتقاقه وهي البشرة فإنها تفيد أن لذلك الخبر أثراً في البشرة، ولا شك أن الإخبار بما يخافه الإنسان يوجب تغير بشرته في المشاهد المعروف كما يتغير بالمحبوب إلا أن على العرف بناء الأيمان، وإن بشروه معاً عتقوا لأن البشارة تحققت من الكل، قال تعالى ﴿وبشروه بغلام عليم﴾ [الذاريات ٢٨] فنسبها إلى جماعة فحقيقتها تتحقق بالأولية من فرد أو أكثر، وأصله ما روى أنه «ﷺ مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال ﷺ: من أحب أن يقرأ القرآن غضا طرياً كما أنزل فليقرأ بقراءة ابن أم عبد، فابتدر إليه أبو بكر وعمر بالبشارة، فسبق أبو بكر عمر، فكان ابن مسعود يقول: متى ذكر: بشرني أبو بكر وأخبرني عمر»[1] ولو كان مكان

غيره يتحقق بالموت فكان الشرط متحققاً عنده فيقتصر عليه. ولأبي حنيفة أن الموت معرف. وتقريره أنه لما اشترى الثاني بعد الأول تثبت صفة الآخرية فيه، لكن كانت بعرضية أن يزول بشراء غيره فلا يحكم بعتقه ما لم يتيقن، فإذا مات ولم يشتر غيره عرفنا تقرر صفة الآخرية عليه فيعتق من ذلك الوقت، كما لو قال لأمته إذا حضت فأنت حرّة فرأت الدم لا تعتق لجواز أن ينقطع الدم فيما دون ثلاثة أيام، فإذا استمرّ بها الدم ثلاثة أيام عتقت من حين رأت لأنه تبين أن ما رآته كان حيضاً حين رأت الدم، إلى هذا أشار الإمام السرخسي، ذكره في النهاية، وفيه تسامح لأن ما ذكر في الكتاب من باب الاستناد وما مثل به من باب التبيين، ويجوز أن يقال الغرض من التمثيل بيان عدم الاقتصار والاستناد والتبيين في ذلك سواء. وقوله: **(وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به)** أي بوصف الآخرية كما إذا قال آخر امرأة أتزوّجها فهي طالق ثلاثاً فتزوّج امرأة ثم امرأة ثم مات عندهما يقع الطلاق مقصوراً على الموت حتى تستحق الميراث، وعند أبي حنيفة يقع مستنداً إلى وقت التزوّج فلا تستحقه، وفائدة التقييد بالثلاث جاز أن يكون بيان الطلاق البائن فإن به يكون الزوج فاراً وترث المرأة عندهما. قال: **(ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة)** البشارة اسم لخبر

---

(١) حسن. أخرجه أبو يعلى ١٦ و ١٧ و ٥٠٥٩ و ٥٠٥٨ وابن ماجه ١٣٨ وأحمد ١/ ٤٤٥ . ٤٥٤ . ٣٨٦ . ٤٠٠ والطيالسي ١٢٨١ و ٢٥٦٠ وأبو نعيم في الحلية ١/ ١٢٧ كلهم من حديث ابن مسعود.

ومداره على عاصم بن أبي النجود، وهو صدوق له أوهام، وحديثه في الصحيحين مقرون اهـ التقريب.

وتوبع في رواية أحمد ١/ ٣٨٦ . ٤٠٠ . ٤٣٧ من طريق شعبة عن الشيبي عن أبي عبيدة عن ابن مسعود، وفيه انقطاع أبو عبيدة لم يسمع من أبيه.

وورد مختصراً من حديث أبي هريرة. أخرجه أبو يعلى ٦١٠٦ وأحمد ٢/ ٤٤٦ وابن حبان في المجروحين ١/ ٢٢٠ كلهم من طريق جرير بن أيوب، وهو واهٍ.

قال الهيثمي في المجمع ٩/ ٢٨٨: جرير بن أيوب متروك.

الخلاصة: فالحديث بمجموع هذه الطرق لا ينحط عن درجة الحسن. وفي رواية: «قال عمر: فسبقني أبو بكر فبشره»

قلت: ومن هذا اللفظ يفهم أن البشارة تكون من الأول.

وأما كلام ابن مسعود الأخير فلم أره، وتقدم ما يدل عليه والله أعلم.

يتحقق من الأول (وإن بشروه معاً عتقوا) لأنها تحققت من الكل (ولو قال إن اشتريت فلاناً فهو حرّ فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه) لأن الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين، فأما الشراء فشرطه (وإن اشترى أباه ينوي عن كفارة يمينه أجزأه عندنا) خلافاً لزفر والشافعي. لهما أن الشراء شرط العتق، فأما العلة فهي القرابة وهذا لأن الشراء إثبات الملك والإعتاق إزالته وبينهما منافاة. ولنا أن شراء القريب إعتاق لقوله عليه الصلاة والسلام «لن يجزي ولد والده إلا أن يجده

البشارة إخبار بأن قال إن أخبرني والباقي بحالة عتق الكل، ثم إن عدى بالباء بأن قال إن أخبرني بقدوم فلان اشترط فيه الصدق لإفادتها إلصاق الخبر بنفس القدوم ولا يخفى أنها إنما يتصور لصوقها الإخبار بنفسه: يعني بنفس القدوم لفظاً وهو الواقع في الكذب، فاشتراط الصدق بناء على أن تحقق الإلصاق إنما يكون بإلصاق الإخبار بنفس الواقع، بخلاف ما لو قال إن أخبرني أن فلاناً قدم عتق كل من أخبره صدقاً أو كذباً. وقد أورد على اشتراط الصدق في البشارة أن تغير البشرة كما يحصل بالأخبار السارة صدقاً كذلك يحصل كذباً. وأجيب بما ليس بمفيد، والوجه فيه نقل اللغة والعرف قوله: (ولو قال إن اشتريت فلاناً فهو حرّ فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه) لأن وقوعه كفارة يحتاج إلى نية الكفارة، وهذه النية يشترط قرانها بعلة العتق وهي اليمين، وهذا تساهل، فإن علة العتق هو قوله هو حرّ وهو جزء اليمين، فإن اليمين هو مجموع التركيب التعليقي، وإذا كان الشرط ذلك والفرض أنه لم ينو عند التكلم به بل عند مباشرة الشرط لم يحصل شرط الكفارة فلم يجز عنها، وهذا لأن العتق وإن كان ينزل عند وجود الشرط لكنه إنما ينزل بقوله أنت حر السابق فإنه العلة، أما الشراء فشرط عملها فلا يعتبر وجود النية عنده فصار كما لو قال عبدي حرّ بلا نية ثم نوى عن كفارة لا يجزيه لأن النية شرط متقدم لا متأخر، وإنما صحت في الصوم على خلاف القياس حتى لو كان نوى عنده إذا اشتريته فهو حرّ عن كفارة يميني فاشتراه عتق عنها، وكذا لو قال هو حرّ يوم أشتريه يريد عن كفارتي. وأورد عليه أن الجزاء المعلق إنما ينعقد علة عند الشرط، والشراء هو الشرط، وقد قرنت النية بالعلة فينبغي أن يقع عنها لقران النية بالعلة. فالجواب أنه لما كان قبل الشرط بعرضية أن يصير علة اعتبر الشرع له حكم العلية حتى اعتبرت الأهلية عنده اتفاقاً، فلو كان مجنوناً عند وجود الشرط وقع الطلاق والعتاق، ولو كان مجنوناً عند التعليق لم يعتبر أصلاً فلذا يجب أن تعتبر النية عنده قوله: (وإن اشترى أباه ينويه عن كفارة يمينه أجزأه عندنا خلافاً لزفر والشافعي) ومالك وأحمد وهو قول أبي حنيفة أولاً لأن العلة للعتق هي القرابة المحرمة لا شراء القريب لأنها التي ظهر أثرها في وجوب الصلة كالنفقة فهي المؤثرة في العتق، وإنما الملك شرط عملها سواء حصل بطريق الشراء أو غيره كالهبة والإرث، وأما أن يكون الشراء نفس العلة فلا لأنه لإثبات الملك والعتق لإزالته وبينهما تناف فلا يكون العتق مقتضاه. ولنا أن شراء القريب إعتاق، لما روى الستة إلا البخاري كلهم من حديث سهل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه ﷺ أنه قال: لن يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريَهُ فيعتقَهُ»[1] يريد فيشتريه فيعتق هو عند ذلك الشراء، وهذا للإجماع على أنه لا

غاب عن المخبر علمه وقد يكون بالخير وقد يكون بالشرّ إلا أنه في العرف يستعمل فيما يسرّ وينفي الحزن ويتحقق من واحد فأكثر؛ فإذا قال كل عبد بشرني بولادة فلانة (فبشره ثلاثة) فإن أخبروه معاً عتقوا لأن البشارة حصلت منهم، قال الله تعالى ﴿وبشروه بغلام عليم﴾ وإن أخبروا متفرقين واحداً بعد واحد عتق الأول لأن البشارة حصلت منه، ويعضده ما روى «أن النبيّ ﷺ مرّ بابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال: من أحب أن يقرأ القرآن غضاً طرياً كما أنزل فليقرأه بقراءة ابن أم عبد، فابتدر إليه أبو بكر

قال المصنف: (ولو قال إن اشتريت فلاناً إلخ) أقول: وأنت خبير بأن الأنسب ذكر هذه المسائل في باب الكفارة.

---

(1) صحيح. أخرجه مسلم ١٥١٠ من وجهين وأبو داود ٥١٣٧ والبخاري في الأدب المفرد (١٠) والترمذي ١٩٠٦ وابن ماجه ٣٦٥٩ والطيالسي ٢٤٠٥ وأحمد ٢/ ٢٣٠، ٣٧٦، ٤٤٥ وابن أبي شيبة ٨/ ٥٣٩ وابن حبان ٤٢٤ والبغوي في شرح السنة ٢٤٢٥ والطحاوي في المعاني ٣/ ١٠٩ والبيهقي ١٠/ ٢٨٩ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة مرفوعاً.

مملوكاً فيشتريه فيعتقه» جعل نفس الشراء إعتاقاً لأنه لا يشترط غيره وصار نظير قوله سقاه فأرواه (ولو اشترى أم ولده لم يجزه) ومعنى هذه المسألة أن يقول لأمة قد استولدها بالنكاح: إن اشتريتك فأنت حرّة عن كفارة يميني ثم اشتراها فإنها

يحتاج في إثبات عتقه إلى إعتاق زائد بعد الشراء، ولا شك أن القرابة ظاهرة الأثر فيه شرعاً، وقد رتب عتقه على شرائه بالفاء لما علمت من أن المعنى فيعتق هو فهو مثل سقاه فارواه. والترتيب بالفاء يفيد العلية على ما عرف مثل سها فسجد وزنى ماعز فرجم كما بينا في وجه قول زفر وغيره، وقد ثبت أن الملك أيضاً كذلك بالنص مع أنه يشتمل على عين حكمته، وذلك أن في ترتيب العتق عليه تحصيلاً لدفع مفسدة القطيعة الحاصلة بملكه إياه كالبهائم والأمتعة ولمصلحة الصلة، وهذه عين حكمة القرابة التي بها كانت علة العتق فوجب كون مجموع القرابة والملك علة العتق ولذا جمعنا بينهما، واشتهرت عبارتنا القائلة شراء القريب إعتاق غير أن الشراء علة العلة، أي علة جزء العلة. ولما كان الشراء الاختياري هو الجزء الأخير من العلة بخلاف القارابة أضيف الحكم إليه ولزمت النية عنده، فإذا نوى عند الشراء أنه يشتريه عن كفارته صح، بخلاف ما إذا ملك الأب وغيره بالإرث فإن الملك يثبت فيه بلا اختيار فلا يتصور النية فيه فلا يعتق عن كفارته إذا نواه لأنها نية متأخرة عن العتق على ما تقدم، بخلاف ما إذا وهبَ له أو أوصى له به أو تصدق به عليه فنوى عند القبول أن يعتق عن كفارته فإنه يصح لسبقها مختاراً في السبب، وبما ذكرنا من الترتيب ظهر فساد قولهم العتق مستحق بالقرابة لأن العتق لا يثبت قبل تمام العلة. وأما المنافاة التي ذكرت في قولهم الشراء يوجب الملك والإعتاق إزالته فهو بناء على ظاهر اللفظ في قلونا شراء القريب إعتاق، وقد علمت أنه إنما يوجب الملك في القريب وملك القريب علة العتق فالإضافة إله إضافة إلى علة بعيدة، والمنافاة إنما تثبت لو كان إزالة الملك نفس موجب الشراء أوّلاً وبالذات؛ وكان الأليق بهذه المسئلة وما بعدها فصل الكفارة قوله: **(ولو اشترى أم ولده لم تجزه عن الكفارة)** وإن نوى عند الشراء كون عتقها عن كفارة يمينه، قالوا: ومعنى المسئلة أن يكون تزوّج أمة لغيره فأولدها بالنكاح ثم يقول لها **(إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فإنها تعتق لوجود الشرط)** وهو الشراء **(ولا تجزيه عن الكفارة)** وإنما صوّرت هكذا لأنه يريد الفرق بين شراء القريب عن الكفارة وشراء أم الولد، وإلا فالحاصل أن عتق أم الولد عن الكفارة

وعمر رضي الله عنهما للبشارة، فسبق أبو بكر عمر بها، وكان ابن مسعود إذا ذكر ذلك يقول بشرني أبو بكر وأخبرني عمر» وإن قال إن اشتريت فلاناً فهو حرّ فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لأن الشرط: أي شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير بعلة العتق وهي اليمين فيما نحن فيه ولم يوجد، وإنما وجد عند الشراء وهو شرط العتق لا علته فلا يكون مفيداً، حتى لو كانت النية مقارنة لليمين أجزأه عن الكفارة، وإن اشترى أباه ينوي به كفارة يمينه أجزأه عندنا خلافاً لزفر والشافعي، وهو قول أبي حنيفة الأول. ووجه قولهم إن النية تشترط عند العلة والشراء شرط العتق لا علته، وإنما العلة هي القرابة فلا تفيد النية عند الشراء **(وهذا)** أي كون الشراء شرطاً لا علة لأن الشراء إثبات الملك وهو ظاهر، والإعتاق ليس إثباتاً للملك، لأنه إزالته فكان بينهما منافاة فلا يكون الشراء إعتاقاً. ولنا أن شراء القريب إعتاق لقوله ﷺ «لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه» ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله جعل نفس الشراء إعتاقاً لأنه لم يشترط غيره. وقوله: **(وصار نظير قوله سقاه فأرواه)** جواب عما يقال عطف الإعتاق على الشراء بالفاء وهو يقتضي التراخي بزمان في كلام العرب وإن لطف فلا يكون نفسه. ووجهه أن الفعل إذا

قوله: **(ووجهه أن الفعل إلخ)** أقول: ولا يخفى أن ما ذكره اعتراف بالمغايرة قوله: **(لا يقال شراء القريب إلخ)** أقول: والظاهر أن شراء القريب يثبت الملك في الزمان الأول ومزيل له في ثانيه، ولا منافاة كما في الأعراض السيالة في العلل العقلية، ولعل مراد الشارح أيضاً ما ذكرنا لكن في عبارته نوع قصور قوله: **(لأنه يلزم أن يكون مثبت الشيء ونفس ثبوته إزالة له)** أقول: يعني يلزم أن يكون الشراء الذي هو مثبت الملك مزيلاً للملك قوله: **(والواجب باليمين)** أقول: يعني الكفارة قوله: **(ولقائل، إلى قوله: كما أن أم الولد إلخ)** أقول: المناسب لغرضه هو العكس في التشبيه كما لا يخفى قوله: **(إن تسريت)** أقول: أصله تسررت قلبت إحدى الراءات ياء قوله: **(اتخذت سرية)** أقول: السرية واحدة السراري قوله: **(كما قالوا في النسبة إلى النسبة إلى الدهر دهري بضم الدال)** أقول: وكما قالوا: في النسبة إلى الأرض السهلة سهل بالضم قوله: **(والتسري عبارة عن التحصين)** أقول: والمنع عن الخروج.

تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لأن حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تنضاف إلى اليمين من كل وجه، بخلاف ما إذا قال لقنة إن اشتريتك فأنت حرّة عن كفارة يميني ثم اشتراها فإنها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لأن حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تنضاف إلى اليمين من كل وجه، بخلاف ما إذا قال لقنة إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يمين حيث يجزيه عنها إذا اشتراها لأن حريتها غير مستحقة بجهة أخرى فلم تختل الإضافة إلى اليمين وقد قارنته النية **(ومن قال إن تسرّيت جارية فهي حرّة)** فتسري جارية كانت في ملكه عتقت لأن اليمين انعقدت في حقها

لا يجزي معلقاً ولا منجزاً، والفرق بين الشراءين مع أن الشراء في الفصلين مسبوق بما يوجب العتق من وجه وهما القرابة والاستيلاد أن أم الولد استحقت العتق بالاستيلاد حتى جعل إعتاقاً من وجه، قال ﷺ «**أعتقها ولدها**»(١) فهي قبل الشراء قد عتقت من وجه فلم يكن عتقها بالشراء أو تنجيزاً إعتاقاً من كل وجه بل من وجه دون وجه. والواجب بالحنث في اليمين وغيره من الكفارات إعتاق من كل وجه، بخلاف شراء القريب فإنه إعتاق من كل وجه لأنه لن يكن قبل الشراء أعتق من وجه **(بخلاف ما لو قال لقنة إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني حيث تجزيه إذا اشتراها لأن حريتها غير مستحقة بجهة أخرى فلم تختل إضافة العتق إلى الكفارة وقد قارنته النية)** فكمل الموجب قوله: **(ومن قال إن تسريت جارية فهي حرة)** اعلم أن التسري هنا تفعل من السريّة وهو اتخاذها، والسرية إن كانت من السرور فإنها تسرّ بهذه الحالة ويسرّ هو بها أو من السر والسيادة فضم سينها على الأصل، وإن كانت من السرّ بمعنى الجماع أو بمعنى ضد الجهر فإنها قد تخفى عن الزوجات الحرائر فضمها من تغييرات النسب كما قالوا دهري بالضم في النسبة إلى الدهر وفي النسبة إلى السهل من الأرض سهلي بالضم، والفعل منه بحسب اعتبار مصدره، فإن اعتبر التسرّي قيل تسرّي بإبدال الياء ألفاً لتحركها وانفتاح ما قبلها، وإن اعتبر التسرر قيل تسرّر، وكان القياس أن لا يقال(٢) إلا تسرّي في المصدرين لأنه اتخاذ السرية، لكن لوحظ فيه أصل السرية وهو السرور أو السر فاستعمل براءين بإبدال الياء راء، وخصت لأنها هي الأصل،

عطف على فعل آخر بالفاء كان الثاني ثابتاً بالأول في كلام العرب؛ يقال ضربه فأوجعه وأطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه: أي بذلك الفعل لا بغيره. وفيه بحث وهو أن شراء القريب هل يثبت الملك للمشتري القريب أو لا؟ فإن أثبته لا يزيله لأن المثبت بعينه لا يكون مزيلاً، وإن لم يثبته لا يعتق عليه لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم. لا يقال: شراء القريب يثبت الملك لكن ثبوت الملك في تقريب إعتاق لأن الإعتاق إزالة الملك وكون ثبوت الشيء إزالة له محال بالبديهة. ولا يقال: شراء القريب إعتاق بواسطة موجبه وهو ثبوت الملك لأنه أشد استحالة لأنه يلزم أن يكون مثبت الشيء ونفس ثبوته إزالة له. والجواب أن قولهم ثبوت الملك في القريب إعتاق معناه أن الشرع أخرج القريب عن محلية الملك بقاء كما أنه أخرج الحرّ عن محليته ابتداء وبقاء، وهذا لأن العتق لا يقع إلا في الملك، فلو لم يقل بثبوت الملك ابتداء لم يتصور زواله، ومن قال لأمة قد استولدها بالنكاح إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني فإنها تعتق لوجود الشرط، ولا يجزيه عن الكفارة لأن حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف إلى اليمين من كل وجه، والواجب باليمين ما يستحق حريته بها من كل وجه. ولقائل أن يقول: القريب مستحق للعتق بالقرابة كما أن الولد مستحقة له بالاستيلاد فما بالها لم تعتق إذا اشتراها بنية الكفارة بعد التعليق كما عتق القريب. والجواب أن الاستيلاد فعل اختياري من جهة المستولد فكانت الحرية من جهتين: جهة الاستيلاد والشراء فلم يقع عن الكفارة من كل وجه، بخلاف القرابة فإنها ليست كذلك فلم يكن من جهة القريب جهة في حريته سوى الشراء، فإذا اشتراه ناوياً للكفارة كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه. وقوله: **(بخلاف ما «إذا قال لقنة)** ظاهر. قال: **(ومن قال إن تسرّيت جارية فهي حرة)** معنى تسريت اتخذت سرية، وهي فعلية منسوبة إلى السرّ وهو الجماع أو الإخفاء لأن الإنسان يسره، وإنما ضمت سينه لأن الأبنية قد تتغير في النسبة كما قالوا في النسبة إلى الدهر دهري بضم الدال للمعمر. والتسري عبارة عن التحصين والجماع طلب الولد أو لم يطلب عند أبي حنيفة ومحمد. وقال

---

(١) تقدم مستوفياً في التدبير، وأمهات الأولاد.

(٢) قوله: (وكان القياس أن لا يقال إلخ) هكذا في الأصل، وهو صحيح وجيه، ووقع في بعض النسخ؛ إصلاح صورته وكان القياس أن يقال الاستسراء إلخ وليس بصحيح فليحذر، كتبه مصححه.

لمصادفتها الملك وهذا لأن الجارية منكرة في هذا الشرط فتتناول كل جارية على الأنفراد (وإن اشترى جارية فتسرّاها لم تعتق) خلافاً لزفر فإنه يقول: التسري لا يصح إلا في الملك فكان ذكره ذكر الملك وصار كما إذا قال لأجنبية إن طلقتك فعبدي حرّ يصير التزوّج مذكوراً. ولنا أن الملك يصير مذكوراً ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدّر بقدره

ومنه ما ذكره ابن الأثير عن عائشة وسئلت عن المتعة فقالت «لا نجد في كتاب الله تعالى إلا النكاح والاستسرار» والقياس الاستسراء بهمزة هي بدل الياء الواقعة طرفاً بعد ألف ساكنة كهمزة كساء، ومعنى التسري عند أبي حنيفة ومحمد أن يحصن أمته ويعدّها للجماع أفضى إليها بمائه أو عزل عنها. وعند أبي يوسف ونقل عن الشافعي رحمهما الله تعالى أن لا يعزل ماءه مع ذلك، فعرف أنه لو وطىء أمة ولم يفعل ما ذكرنا من التحصين والإعداد لا يكون تسرياً وإن لم يعزل عنها وإن علقت منه. لنا أن مادة اشتقاقه سواء اعتبرت من السرور أو ما يرجع إلى الجماع أو غير ذلك لا تقتضي الإنزال فيها لأن الجماع والسرور والسيادة كل منها يتحقق دونه، فأخذه في المفهوم واعتباره بلا دليل، وكون العرف في التسري تحصينها لطلب الولد دائماً ممنوع بل العرف مشترك في المشاهد؛ فمن الناس من يقصد ذلك، ومنهم من يقصد مجرد قضاء الشهوة من غير أن تلد له. إذا عرف هذا فاعلم أنه إذا حلف لا يتسرى فاشترى جارية فحصنها ووطئها حنث ذكره القدوري في التجريد عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. ولو قال إن تسريت جارية فعبدي حرّ فاشترى جارية فتسراها عتق العبد الذي كان في ملكه وقت الحلف، ولو لم يكن في ملكه عبد فملك عبداً ثم اشترى جارية فتسراها لا يعتق هذا العبد المستحدث. ولو قال إن تَسَرَّيْتُ جارية فهي حرّة فتسرّى جارية كانت في ملكه يوم حلفت عتقت، وهي مسئلة الكتاب وهي إجماعية. ولو اشترى جارية بعد الحلف فتسراها لا تعتق عندنا ولا عند أحد من الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله. وقال زفر: تعتق لأن التسري لا يصح إلا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فكأنه قال: إن ملكت أمة فتسريتها فهي حرة، وصار كما لو قال لأجنبية إن طلقتك فعبدي حرّ يصير التزوّج مذكوراً، حتى لو تزوّجها وطلقها عتق العبد ولنا أنه لو عتقت المشتراة لزم صحة تعليق عتق من ليس في الملك بغير الملك وسببه، والتالي باطل بالإجماع، وهذا لأن التسري ليس في نفس الملك ولا سببه بل قد يتفق بعده وقد لا يتفق، فإن حقيقته ليس إلا إعداد أمة حصنها للجماع، فإنما يستلزم وجوده وجود الملك سابقاً على ابتداء التحصين والإعداد أو مقارناً، وهذا القدر لا يستلزم إخطاره عند التكلم أصلاً فضلاً عن خطوره، ثم تقديره مراداً لأنه ليس لازماً بيناً المدلول اللفظ في الذهن بل لازم لوجوده في الخارج، واللوازم الخارجية لا يلزم تعقلها تعقل ما هو ملزومها في الخارج، بخلاف ما لو قال إن

أبو يوسف: لا بدّ من طلب الولد مع ذلك حتى لو وطئها وعزل عنها لا يكون تسرياً عنده، وإذا كان كذلك لم يستلزم ملك الرقبة، وإنما يستلزم ملك المتعة سواء كان بالنكاح أو بملك الرقبة، فإذا قال إن تسريت جارية فهي حرة (فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لأن اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك) وكل ما انعقد في حقه اليمين إذا وجد الشرط فيه يترتب عليه الجزاء. وقوله: (وهذا لأن الجارية) توضيح لانعقاد اليمين في حقها (وإن اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافاً لزفر فإنه يقول: التسري لا يصح إلا في الملك، فكان ذكره ذكر الملك، وصار كما إذا قال لأجنبية إن طلقتك فعبدي حرّ يصير التزوّج مذكوراً) فإن قيل: هذا قول بالاقتضاء وزفر لا يقول بالاقتضاء. أجيب بأن إثبات الملك ههنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء، والفرق بينهما أن الثابت دلالة ما يكون مفهوماً من اللفظ بلا تأمل واجتهاد كما كان النهي عن الضرب والشتم وسائر الأفعال المؤذية مفهوماً من النهي عن التأفيف، ولا كذلك المقتضى لأن المقتضى لا يفهم من ذكر المقتضي، ثم إذا قيل فيما نحن فيه عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تأمل، فلما كان الملك مفهوماً من التسري بلا تأمل واجتهاد كان الملك ثابتاً بطريق الدلالة لا بطريق الاقتضاء، هكذا ذكره صاحب النهاية وبقية الشارحين. وفيه نظر لأن الثابت بالدلالة هو ما يكون بطريق إلحاق صورة بأخرى بأمر جامع كالضرب

قوله: (أجيب بأن إثبات الملك ههنا بدلالة اللفظ) أقول: أو الحذف.

ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية، وفي مسألة الطلاق إنما يظهر في حق الشرط دون الجزاء، حتى لو قال

ملكت أمة فتسرّيتها الخ فإنه صرح بجعل الشرط الملك، وبخلاف ما قاس عليه من قوله لأجنبية إن طلقتك فعبدي حرّ لأن عتق عبده القائم في ملكه ليس لاعتبارنا الشرط مجموع إن تزوّجتك ثم طلقتك فعبدي حرّ، لاقتضاء الشرط الملك، غير أن الشرط هناك إذا ثبت بمقتضاه ثبت الجزاء وهو عتق عبده، أما ههنا لو ثبت التسري لا يثبت عتق المتسري بها لاحتياجه إلى أمر زائد على مجرد الشرط شرعاً وهو كونه نفس الملك أو سببه فلهذا ثبت الملك ههنا ضرورة صحة التسري به فقط لأن الثابت ضرورة أمر لا يتجاوزها، ثم لا يثبت عند التسري عتقها لاحتياج عتق غير المملوكة بالإعتاق المعلق قبل ملكها إلى كونه معلقاً بالملك أو سببه ولم يوجد، فظهر أن هذه ليست وزان مسئلتنا، وإنما وزانها لو قال لأجنبية إن طلقتك واحدة فأنت طالق ثلاثاً ثم تزوّجها فطلقها واحدة، ونحن نقول في هذه لا تطلق الآخريين الباقيتين لو طلقها واحدة بعد أن تزوّج بها لما ذكرنا من أن شرط الطلاق الواقع بالتطليق المعلق قبل التزوّج كونه معلقاً بالملك أو سببه ولم يوجد. نعم قد يقدر اللفظ الدال على المعنى فيصير معتبراً لفظاً وإن لم يكن مدلولاً التزامياً لتصحيح الجزاء فيما إذ علم أن غرض اليمين الحمل فإنه يعرف قصد وجود الشرط ليوجد الجزاء كما قدّر أبو حنيفة رحمه الله لفظ حياً في قوله إن ولدت ولداً فهو حر لتصحيح الجزاء للعلم بأن غرضه وجود الشرط وهو الولادة والحمل عليها وتخفيضها عليها، ففيما ليس كذلك بل يعرف أن الغرض منه الشرط بمنع نفسه عنه لا يجوز التقدير لتصحيح وقوع الجزاء، وحلف التسري من هذا القبيل. هذا وقد أورد على زفر أنه لا يقول بالمقتضى حتى حكم في قوله أعتق عبدك عني بألف أنه يعتق عن المأمور فكيف خالف هنا وحكم باعتباره وتقديره؟ وأجيب بأنه لا يلزمنا إصلاحه له فإن مناقضته لا تضرنا. ومنهم من أجاب بأنه ليس عنده من باب المقتضى بل من دلالة النص حيث كان فهم الملك ثابتاً عند فهم معنى التسري. واعترض بأن الدلالة لا بد فيها من صورة أصل وفرع وعلة حتى قيل هي قياس غير أنه لا يفتقر إلى أهلية لاجتهاد في فهم حكم المسكوت. فالوجه كون هذا اللفظ في العرف بمعنى إن وطئت مملوكة لي فكانت الدلالة بطريق العبارة، وقد نقلنا في تحرير الأصول عن فخر الإسلام تفسيراً للدلالة بمعنى دلالة الالتزام وإن لم ترضه. هذا والتحقيق أن ليس هذا من المقتضى، لأن المقتضى ما يكون ثبوته لضرورة تصحيح الكلام الظاهر عدم صحته لغة مثل «رفع الخطأ» أو شرعاً مثل أعتق عبدك عني. وقول القائل إن تسريت لا يتبادر كذبه فيحتاج في تصحيحه إلى التقدير إزالة للخطأ تصحيحاً لما لم يصح ظاهره، وهذا على وزان ما قلناه في إن أكلت بل الحق أنه في اللغة والعرف واحد وهو إعدّاد المملوكة الخ لا الإعداد الأعم منها ومن المزني بها فهو مدلول تضمني من قبيل العبارة قوله: (**ومن قال كل مملوك لي حرّ تعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده لوجود الإضافة المطلقة في هؤلاء**) أي إضافة الملك الكامل في هؤلاء إلى السيد ثابتة رقبة ويداً فدخلوا فيعتقون، ويدخل الإماء والذكور، ولو نوى الذكور فقط صدق ديانة لا قضاء لأنه نوى التخصيص في اللفظ

الملحق بالتأفيف بواسطة الأذى، ولهذا ذهب بعض أصحابنا وأصحاب الشافعي إلى أن الدلالة قياس لوجود أصل وفرع وعلة جامعة بينهما، والملك من التسري ليس كذلك. وأقول: هذا اللفظ يستعمل في العرف بمعنى إن وطئت مملوكة لي فكانت الدلالة بطريق العبارة مجازاً. أو نقول هذا الحكم إذا ثبت عن زفر ولم يقل بالاقتضاء كان مناقضاً فكفينا مئونة الجدال معه (**ولنا أن الملك يصير مذكوراً ضرورة صحة التسرى**) وتقريره: سلمنا أن ذكره ذكر الملك، ولكن بطريق الاقتضاء ضرورة صحة التسري لكونه شرطاً، وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها (**ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية**) لأنها ليست من لوازم الملك الثابت اقتضاء. وقوله: (**وفي مسئلة الطلاق**) جواب عن قوله كما إذا قال لأجنبية. وتقريره ما ذكرت من المسئلة المذكورة فالأمر فيه

قوله: (**وأقول هذا اللفظ يستعمل في العرف إلخ**) أقول: فعلى هذا لا يستقيم جوابهم عن زفر على ما قرره قوله: (**كان مناقضاً إلخ**) أقول: السائل يسأل عن وجه صحة قول زفر بناء على أنه من كبار أئمة الدين وحسن الظن به يمنع عن اعتقاد ارتكاب التناقض قوله: (**لأنها ليست من لوازم الملك إلخ**) أقول: آلا يرى أنه قد يوجد الملك ولا يوجد العتق.

لها إن طلقتك فأنت طالق ثلاثاً فتزوّجها وطلقها واحدة لا تطلق ثلاثاً فهذه وزان مسألتنا (ومن قال كل مملوك لي حرّ تعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده) لوجود الإضافة المطلقة في هؤلاء، إذ الملك ثابت فيهم رقبة ويداً (ولا يعتق مكاتبوه إلا أن ينويهم) لأن الملك غير ثابت يداً ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة، بخلاف أم الولد

العام، ولو نوى السود دون غيرهم لا يصدق قضاء ولا ديانة لأنه نوى التخصيص بوصف ليس في لفظه ذكره ولا عموم إلا اللفظ فلا تعمل نيته، بخلاف الرجال لأن لفظ كل مملوك للرجال حقيقة لأنه تعميم مملوك وهو للذكر، وإنما يقال للأنثى مملوكة، ولكن عند الاختلاط يستعمل لهما المملوك عادة: يعني إذا عمم مملوك بإدخال كل ونحوه يشمل الإناث حقيقة كما ذكر في جمع المذكر كالمسلمين، والواو في فعلوا على ما ذكر أنه عند الحنفية والحنابلة حقيقة في الكل فلذا كان نية الذكور خاصة خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء، ولو نوى النساء وحدهن لا يصدق لا ديانة ولا قضاء، ولو قال لم أنو المدبرين، في رواية يصدق ديانة لا قضاء، وفي رواية لا يصدق لا ديانة ولا قضاء قوله: **(ولا يعتق مكاتبوه)** يعني بقوله كل مملوك لي حر وكذا معتق البعض عند أبي حنيفة **(لأن الملك فيهم غير ثابت يداً ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة بخلاف أم الولد والمدبرة فاختلت إضافة الملك إليهم فلا بد من أن)** ينويهم بلفظ كل مملوك وعلى هذا ينبغي لو قال كل مرقوق لي حرّ أن يعتق المكاتبون لأن الرق فيهم كامل، ولا تعتق أم الولد إلا بالنية قوله: **(ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الأخيرة، وله الخيار في الأوليين لأن كلمة أو لأحد المذكورين وقد أدخلها بين الأوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة)** منهما والعطف يشرك في حكم المعطوف عليه، وحكمه هنا الطلاق المنجز وإنما التوقف في التعيين **(فصار كما إذا قال إحداكما طالق وهذه، وكذا إذا قال لعبيده هذا حرّ أو هذا**

كذلك لأنه ثبت فيها ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذي هو الطلاق ولا يتعدى إلى صحة الجزاء **(حتى لو قال لها إن طلقتك فأنت طالق ثلاثاً فتزوّجها وطلقها لا تطلق ثلاثاً فهذه وزان مسئلتنا)** من حيث أن في كل منهما ثبت شرط الشرط لصحة الشرط ولا يتعدى إلى صحة الجزاء. وأما وزان مسئلة زفر فهو أن يقول إن تسريت جارية فعبدي حرّ فاشترى جارية فتسرى بها عتق العبد لقيام الملك في الحال في العبد فيصح تعليق عتقه بشرط سيوجد **(ومن قال كل مملوك لي حرّ عتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده لوجود الإضافة المطلقة في هؤلاء)** يعني أن كل واحد من هؤلاء في الإضافة إلى نفسه بقوله إلى كامل **(إذ الملك ثابت فيهم رقبة ويداً)** وإذا كان الملك كذلك دخلوا تحت كلمة كل فيعتقون، وإن قال أردت الرجال خاصة صدق ديانة خاصة. أما تصديقه ديانة فلأن لفظ المملوك وضع للمذكر، وأما عدم تصديقه قضاء فلأنهم عند الاختلاط يستعمل فيهم لفظ المذكر عرفاً، ولو نوى الإناث لغت نيته، وإن قال لم أنو المدبرين لم يصدق في القضاء على رواية كتاب العتاق ولم يصدق لا قضاء ولا ديانة على رواية كتاب الأيمان ففيه روايتان **(ولا يعتق مكاتبوه إلا أن ينويهم لأن الملك غير ثابت يداً ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء)** الأمة **(المكاتبة)** فكان المكاتب مملوكاً من وجه دون وجه **(بخلاف أم الولد والمدبرة فاختلت الإضافة فلا بدّ من النية)** وقوله: **(ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه وهذه)** على ما ذكره في الكتاب ظاهر. وقوله: **(فيختص بمحله)** أي بمحل الحكم وهي المطلقة لأن الكلام سيق لإيقاع الطلاق. واعترض بأن العطف كما يصح على من وقع عليه الحكم يصح أيضاً على من لم يقع عليه الحكم، والأصل عدم الحكم فيعطف على من لم يقع عليه الحكم كما في قوله والله لا أكلم فلاناً أو فلاناً وفلاناً، فإنه إن كلم الأوّل حنث، وإن كلم أحد الآخرين لا يحنث حتى يكلمهما، ويكون الثالث معطوفاً على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم منفرداً وهذا لأن الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كأنه قال هذه طالق أو هاتان فحينئذ كان هو مخيراً في الطلاق والعتاق، إن شاء أوقع على الأولى، وإن شاء أوقع على الآخرين. وأجيب بأن هذا الذي ذكرته هو رواية ابن سماعة عن محمد، فأما الذي ذكره في الكتاب فهو ظاهر الرواية. والفرق بين جواب ظاهر الرواية في الطلاق والعتاق وبين قوله والله لا أكلم فلاناً أو فلاناً في أن الثالث معطوف على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم، وهو مسئلة الجامع هو أن كلمة أو إذا دخلت بين شيئين تتناول أحدهما نكرة، إلا أن في الطلاق والعتاق الموضع موضع الإثبات، والنكرة في موضع الإثبات تخص فتتناول أحدهما، فإذا عطف الثالث على أحدهما صار

والمدبرة فاختلت الإضافة فلا بد من النية **(ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الأخيرة وله الخيار في الأوليين)** لأن كلمة أو لإثبات أحد المذكورين وقد أدخلها بين الأوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لأن العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما إذا قال إحداكما طالق وهذه **(وكذا إذا قال لعبيده هذا حرّ أو هذا وهذا عتق الأخير وله الخيار في الأولين لما بينا)**.

وهذا عتق الأخير، ويتخير في الأولين لما بينا) ومثله لو قال لفلان علي ألف أو لفلان وفلان كان نصف الألف للثالث وعليه بيان من له النصف الآخر من الأولين. وقد يقال العطف بالواو كما يصح على الأحد المفهوم من هذه أو هذه يصح على هذه الثانية وحينئذ لا يلزم الطلاق في الثالثة لأن الترديد حينئذ بين الأولى فقط والثانية والثالثة معاً فيلزمه البيان لذلك في الطلاق والعتاق، والله أعلم.

كأنه قال إحداكما طالق وهذه، ولو نص على هذا الحكم ما قلنا، أما في مسئلة الجامع فالموضع موضع النفي وهي فيه تعم كقوله تعالى ﴿ولا تطع منهم آثماً أو كفوراً﴾ فصار كأنه قال والله لا أكلم فلاناً ولا فلاناً، فلما ذكر الثالث بحرف الواو صار كأنه قال أو هذين، ولو نص على هذا كان الحكم هكذا فكذا ههنا.

باب اليمين في البيع والشراء والتزوّج وغير ذلك

(ومن حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث) لأن العقد وجد له من العاقد حتى كانت الحقوق عليه، ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر،

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك من الطلاق والعتاق والضرب

ولما كانت الأيمان على هذه التصرفات أكثر منها على الصلاة والحج والصوم وما بعدها قدمها عليها. والحاصل أن كل باب عقده فوقوعه أقل مما قبله وأكثر مما بعده.

واعلم أن الأصل عندنا أن كل عقد ترجع حقوقه إلي المباشر ويستغنى الوكيل فيه عن نسب العقد إلى الموكل لا يحنث الحالف على عدم فعله بمباشرة المأمور لوجوده من المأمور حقيقة وحكماً فلا يحنث بفعل غيره لذلك، وذلك كالحلف لا يبيع ولا يشتري ولا يؤجر ولا يستأجر ولا يصالح عن مال ولا يقاسم، وكذا الفعل الذي يستناب فيه ويحتاج الوكيل إلى النسبة إلى الموكل، كما إذا حلف لا يخاصم فلاناً فإن الوكيل يقول أدّعى لموكلي، وكذا الفعل الذي يقتصر أصل الفائدة فيه على محله كضرب الولد فلا يحنث في شيء من هذه بفعل المأمور، وكل عقد لا ترجع حقوقه إلى المباشر بل هو فيه سفير وناقل عبارة يحنث فيه بمباشرة المأمور كما يحنث بفعله بنفسه، وذلك إذا حلف لا يتزوّج فوكل به أو لا يطلق أو لا يعتق بمال أو بلا مال أو لا يكاتب أولا يهب أو لا يتصدق أو لا يوصي أو لا يستقرض أو لا يصالح دم العمد أو لا يودع أو لا يقبل الوديعة أو لا يعير أو لا يستعير، وكذا كل فعل ترجع مصلحته إلى الآمر كحلفه لا يضرب عبده ولا يذبح شاته فإنه يحنث بفعل المأمور، ومنه قضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل على دابته وخياطة الثوب الدار قوله: (ومن حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لأن العقد وجد من العاقد) لا من

باب اليمين في البيع والشراء والتزوّج وغير ذلك

يريد بغير ذلك الطلاق والعتاق والضرب، وهذه التصرفات في الأيمان كثيرة الوقوع بالنسبة إلى ما بعده فلذلك قدمه. قال في النهاية: ثم الضابط في هذه التصرفات لأصحابنا رحمهم الله فيما يحنث بفعل المأمور، وفيما لا يحنث شيئان: أحدهما أن كل فعل ترجع الحقوق فيه إلى المباشر، فالحالف لا يحنث بمباشرة المأمور، وكل فعل ترجع الحقوق فيه إلى من وقع حكم الفعل له يحنث. والثاني أن كل فعل يحتمل حكمه الانتقال إلى غيره، فالحالف فيه لا يحنث بمباشرة المأمور، وكل فعل لا يحتمل ذلك يحنث. قيل وكل ما يستغنى المأمور في مباشرته عن إضافته إلى الآمر فالآمر لا يحنث بمباشرة المأمور، وإن كان لا يستغني عن هذه الإضافة يحنث. والفقه في ذلك أن العقد متى رجعت حقوقه إلى من وقع حكم العقد له فمقصود الحالف من الحلف التوقي عن حكم العقد له وعن حقوقه وكلاهما يرجعان إليه، ومتى رجعت حقوقه إلى العاقد لا إلى من وقع حكم العقد له فمقصوده من الحلف التوقي من رجوع الحقوق إليه وهي لا ترجع إليه فلا يحنث. ثم مما يحنث الحالف بمباشرة المأمور به النكاح والصلح عن دم العمد والطلاق والعتاق والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والإيداع وقبول الوديعة والإعارة والاستعارة وخياطة الثوب والبناء، فإن الحالف كما يحنث فيها بفعل نفسه يحنث أيضاً بفعل المأمور .وأما ما لا يحنث الحالف بمباشرة المأمور به فهو البيع والشراء والإجارة والاستئجار والصلح عن المال، وكذلك القسمة، ومن المشايخ من ألحق الخصومة بهذا القسم. وإذا عرف هذا ظهر معنى كلامه إلا ألفاظاً ننبه عليها. وقوله: (إلا أن ينوى استثناء متصل بقوله فوكل من فعل ذلك لم

باب اليمين في البيع والشراء والتزوّج وغير ذلك

وإنما الثابت له حكم العقد إلا أن ينوي ذلك لأن فيه تشديداً أو يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لأنه يمنع نفسه عما يعتاده (ومن حلف لا يتزوّج أو لا يطلق أو لا يعتق فوكل بذلك حنث) لأن الوكيل في هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه إلى نفسه بل إلى الآمر، وحقوق العقد ترجع إلى الآمر لا إليه (ولو قال عنيت أن لا أتكلم به لم يدين في القضاء

الحالف حقيقة وهو ظاهر وحكماً حتى رجعت حقوق العقد إليه وكان هو المطالب بالتسليم للثمن أو المثمن والمخاصم بالعيب وبالعين المؤجرة والأجرة (ولهذا لو كان العاقد) بطريق الوكالة في هذه (هو الحالف) لا يبيع الخ (يحنث في يمينه) لصدق أنه باع واشترى واستأجر حقيقة وحكماً، وهذا قول الشافعي في الأظهر، وعند مالك وأحمد يحنث لأن بالأمر يصير كأنه فعله بنفسه كما لو حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلقه له حنث. قلنا: لم يوجد الفعل منه لا حقيقة ولا حكماً وهو الشرط للحنث بل من العاقد حقيقة وحكماً (وإنما الثابت له حكم العقد) الذي هو الملك لا كل حكم وإن كان الحكم على الأعم، بخلاف الحلق لأن اليمين لم تنعقد فيه على حلقه بنفسه لأنه غير معتاد، وإنما انعقدت على الحلق مطلقاً فيحنث بفعل الغير كما لو حلق بنفسه بأن كان ممن يقدر على ذلك ويفعله. وقوله إلا أن ينوي ذلك استثناء من قوله لم يحنث: يعني فإذا نوى البيع بنفسه أو وكيله يحنث ببيع الوكيل (أو يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقود بنفسه) فإنه يحنث وإن لم ينو لأن مقصوده من الفعل ليس إلا الأمر به فيوجد سبب الحنث بوجود الأمر به للعادة وإن كان السلطان ربما يباشر بنفسه عقد بعض المبيعات، ثم لو فعل الآمر بنفسه يحنث أيضاً لانعقاده على الأعم من فعله بنفسه أو مأموره، ولو كان رجلاً يباشر بنفسه مرة ويوكل أخرى تعتبر الغلبة، وكل فعل لا يعتاده الحالف كائناً من كان كحلفه لا يبني ولا يطين العقد كذلك قوله: (ومن حلف لا يتزوّج أو لا يطلق أو لا يعتق فوكل بذلك حنث) يعني إذا فعله الوكيل وهو قول مالك وأحمد، ووجه للشافعية وأكثرهم لا يحنث لأنه لم يفعل، وإنما نسبته إلى الآمر مجاز، ثم إنه يحنث عندكم بفعل نفسه كما بفعل المأمور، وفيه جمع بين الحقيقة والمجاز وأنتم تأبونه. قلنا: لما لم يملك إضافته إلى نفسه بل لا يستغني عن إضافته إلى موكله كان ناقلاً عبارة للموكل فانضاف العقد كله لفظاً وحكماً إليه فيحنث به؛ ألا ترى أنه يقال في العرف للمتكلم بكلام غيره من شعر أو حكمة هذا ليس كلام هذا الرجل بل كلام فلان فكان المعقود عليه عدم لزوم أحكام هذه العقود نظراً إلى الفرض وهو أعم مما يلزم بمباشرته أو مباشرة مأموره وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز (ولو قال عنيت أن لا أتكلم به لم يدين في القضاء خاصة) وفيما بينه وبين الله تعالى يدين، ولو خلعها أو قال أنت طالق بائن حنث، ولو آلى منها فمضت المدة حتى بانت حنث عند أبي يوسف لأن الإيلاء طلاق

يحنث: أي إلا أن ينوى أن لا يأمر غيره أيضاً فحينئذ يحنث. وقوله: (أو يكون الحالف ذا سلطان) يعني إذا باشره المأمور حنث لأن مقصوده من اليمين منع نفسه عما هو معتاده ومعتاده الأمر للغير، فلما أمر غيره وفعل المأمور حنث، ومع ذلك لو فعله بنفسه حنث أيضاً لوجود البيع منه حقيقة. وقوله: (لأن المالك له ولاية ضرب عبده) يلوّح إلى أنه لو أمر غيره بضرب حرّ وقد حلف على ضربه فضربه المأمور لم يحنث لأنه لا ولاية له عليه فلا يعتبر أمره فيه. وقوله: (ووجه الفرق) هو الفرق الموعود بقوله سنشير. وحاصله أنه إذا نوى الخصوص في العموم يصدق ديانة لا قضاء لأنه خلاف الظاهر، وفيه تخفيف عليه. وإذا نوى الحقيقة المستعملة صدق قضاء وديانة، وإن كان في ذلك تخفيف عليه لأن الكلام يصرف إلى حقيقته بغير نية. فإذا وجدت النية كان الصرف إليها أولى. وقوله: (لأن منفعة ضرب الولد عائدة إليه أي إلى الولد، وذكر ضمير المنفعة نظراً إلى الخبر وهو التأدب والتثقف). وقوله: (ومن قال إن بعت لك هذا الثوب) على ما ذكره في الكتاب واضح. وحاصل ذلك أن لام الاختصاص إذا اتصل بضمير عقيب فعل متعد، فإما أن يتوسط بين الفعل ومفعوله أو يتأخر عن المفعول. وعلى التقديرين فإما أن يحتمل الفعل النيابة أولاً، فإن احتملها وتوسط بينهما كان اللام لاختصاص الفعل، وشرط حنث وقوع الفعل لأجل من له الضمير سواء كانت العين

قوله: (وشرط حنثه إلخ) أقول: والذي يستفاد من هذا الكلام هو أن الحالف لو باع الثوب المملوك للمحلوف عليه مع علمه بأنه ملكه بغير أمره كان ينبغي أن لا يحنث فليتأمل قوله: (والمراد بالغلام إما العبد، إلى قوله: وإما الولد)

خاصة) وسنشير إلى المعنى في الفرق إن شاء الله تعالى (ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعل يحنث في يمينه) لأن المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة إلى الآمر فيجعل هو مباشراً إذ لا حقوق له ترجع إلى المأمور (ولو قال عنيت أن لا أتولى ذلك بنفسي دين في القضاء) بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره. ووجه الفرق أن الطلاق ليس إلا تكلماً بكلام يفضي إلى وقوع الطلاق عليها، والأمر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما، فإذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لا قضاء، أما الذبح والضرب ففعل حسي يعرف بأثره، والنسبة إلى الآمر بالتسبيب مجاز، فإذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء

مؤجل فعند مضيها يقع مضافاً إلى الزوج، وعند زفر لا يحنث لأن الطلاق إنما وقع حكماً دفعاً لضررها فلا يكون شرط الحنث موجوداً. ولو كان عنيناً ففرّق بينهما بعد المدة لم يحنث في قول زفر، وعن أبي يوسف روايتان. ولو زوّجه فضولي فأجاز بالقول حنث، وعن محمد لا يحنث. وفي الإجازة بالفعل اختلاف المشايخ. قال شمس الأئمة: والأصح عندي لا يحنث لأن عقد النكاح يختص بالقول فلا يمكن جعل المجيز بالفعل عاقداً له، ولا فرق بين كون التوكيل بعد اليمين أو قبله. ولو وكل بالطلاق والعتاق ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ثم طلق الوكيل أو أعتق يحنث لأن عبارة الوكيل هنا منقولة إليه قوله: (ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعل حنث لأن المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره) فلملكه إياه انتقل فعل الضرب إليه بواسطة الأمر به (ثم منفعته راجعة إلى الآمر) على الخصوص وهو ما يحصل من أدبه وانزجاره (فيجعل مباشراً إذ لا حقوق ترجع إلى المأمور) وفرض المسئلة في ضرب عبده احترازاً عما لو حلف لا يضرب حراً فإنه لا يحنث بالأمر به لأنه لا ولاية له عليه فلا يعتبر أمره إلا أن يكون الحالف سلطاناً أو قاضياً لأنهما يملكان ضرب الأحرار حداً وتعزيراً فملكا الأمر به (ولو قال عنيت أن لا ألي ذلك بنفسي دين في القضاء، بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره. ووجه الفرق أن الطلاق ليس إلا تكلماً بكلام) شرعي يوجب أثراً شرعياً في المحل وهو الفرقة (والأمر بذلك مثل التكلم به) لأن المأمور به كالرسول به ولسان الرسول كلسان المرسل بالإجماع، فإذا نوى التكلم به خاصة فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي من حيث أنه يتكلم بكلام داخل تحت ولاية المرسل مع فرض أن مقتضياته لا ترجع إليه وهي الحقوق، وحقيقة المراد أن الطلاق وما معه لما كان لفظاً يثبت عنده أثر شرعي فالحلف على تركه حلف على أن لا توجد الفرقة من جهته، وهذا المعنى أعم من أن يتحقق بمباشرته أو بمباشرة المأمور فنية أحدهما خلاف الظاهر (أما الذبح والضرب ففعل حسي) لا يتوقف تحقق أثره على الآمر لأن الضرب يثبت مع أثره من الفاعل بلا إذن منه، فنسبة الفعل إلى الآمر مجازية باعتبار تسببه فيه، فإذا نوى أن لا يفعله بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه، بخلاف الكلام المجعول أسباباً شرعية لآثار شرعية لا تثبت تلك الآثار به إلا بإذن عن ولاية، فلما كان للإذن فيها أثر نقلها إلى الحالف، قالوا: وثبوت تصديقه قضاء في ضرب العبد رواية في تصديقه قضاء في الطلاق لأن حقيقة كلامه المباشرة فيهما فيصدّق في الفصلين وهو قول الشافعي والحق أن الفرق ثابت ولكن تأثيره في اختلاف الحكم غير ظاهر، فإن كان الفعل يتحقق أثره بلا إذن والقول لا يتحقق أثره الشرعي إلا بإذن لا يجزم

مملوكة له أو لم تكن، وذلك إنما يكون بالأمر، وإن تأخر عن المفعول كان اختصاص العين به وشرط كونها مملوكة له سواء كان الفعل وقع لأجله أو لم يقع، وإن لم يحتملها لا يفترق الحكم في الوجهين: أي في التوسط والتأخر بل حنث إذا فعله سواء كان بأمره أو بغير أمره، لأن الفعل إذا لم يحتمل النيابة لم يمكن انتقاله إلى غير الفاعل فيكون الأمر وعدمه سواء فتعين أن تكون اللام لاختصاص العين صوناً للكلام عن الإلغاء، ومعنى دس أخفى، والمراد بالغلام إما العبد على ما ذكره في الجامع الصغير لقاضيخان وإما الولد كما ذكره في الفوائد الظهيرية، وهذا هو الصواب لأن ضرب العبد يحتمل النيابة، ولهذا لو حلف لا يضرب عبده فأمر غيره بضربه حنث لأن المنفعة تعود إليه، وقد ذكره المصنف قبيل هذا، ومن الشارحين من وجه الأول، بأن المراد بالوكالة والنيابة وكالة يتعلق بها حقوق يرجع بها الوكيل بما يلحقه من العهدة على الموكل وليس للضرب شيء من ذلك فكان

(ومن حلف لا يضرب ولده فأمر إنساناً فضربه لم يحنث) في يمينه لأن منفعة ضرب الولد عائدة إليه وهو التأدب والتثقف فلم ينسب فعله إلى الآمر، بخلاف الأمر بضرب العبد لأن منفعة الائتمار بأمره عائدة إلى الآمر فيضاف الفعل إليه. ومن قال لغيره إن بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لأن حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به، وذلك بأن يفعله بأمره إذ البيع تجري فيه النيابة ولم توجد، بخلاف ما إذا قال إن بعت ثوباً لك حيث يحنث إذا باع ثوباً مملوكاً له، سواء كان بأمره أو بغير أمره علم بذلك أو لم يعلم، لأن حرف اللام دخل على العين لأنه أقرب إليه فيقتضي الاختصاص به، وذلك بأن يكون مملوكاً له، ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما تجري فيه النيابة، بخلاف الأكل والشرب وضرب الغلام لأنه لا يحتمل النيابة فلا

عنده بلزوم الفرق المذكور قوله: (ومن حلف لا يضرب ولده فأمر إنساناً فضربه لم يحنث في يمينه لأن منفعة ضرب الولد عائدة إلى الولد) المضروب (وهي التأدب والتثقف) أي التقوّم وترك الاعوجاج في الدين والمروءة والأخلاق (فلم ينسب فعل المأمور إلى الآمر) وإن كان يرجع إلى الأب أيضاً، لكن أصل المنافع وحقيقتها إنما ترجع إلى المتصف بها فلا موجب للنقل. وأما في عرفنا وعرف عامتنا فإنه يقال ضرب فلان اليوم ولده وإن لم يباشر، ويقول العامي لولده غداً أسقيك علقة ثم يذكر لمؤدب الولد أن يضربه فيعدّ الأب نفسه قد حقق إيعاده ذلك ولم يكذب، فمقتضاه أن ينعقد على معنى لا يقع بك ضرب من جهتي ويحنث بفعل المأمور قوله: (ومن قال إن بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق الخ) لا شك أنه يصح بعت لك هذا الثوب وبعت هذا الثوب لك بمعنى واحد، أما على جعل المخاطب مشترياً له فيهما فاللام للاختصاص، وأما على جعلها فيهما للتعليل: أي بعته لأجلك فهي أيضاً تفيد الاختصاص على ما ذكروا، لكن الوجه الظاهر في الاستعمال أنه إذا وليت اللام الفعل متوسطة بينه وبين المفعول نحو بعت لك هذا كانت للتعليل. ووجه إفادتها الاختصاص هو أنها تضعيف متعلقها لمدخولها ومتعلقها الفعل ومدخولها كاف المخاطب، فتفيد أن المخاطب مختص بالفعل، وكونه مختصاً به يفيد أنه لايستفاد إطلاق فعله إلا من جهته وذلك يكون بأمره، وإذا باع بأمره كان بيعه إياه من أجله وهي لام التعليل فصار المعقود عليه أن لا يبيعه من أجله، فإذا دس المخاطب ثوبه بلا علمه فباعه لم يكن باعه من أجله لأن ذلك لا يتصوّر إلا بالعلم بأمره به، ويلزم من هذا كون هذا لا يكون إلا في الأفعال التي تجري فيها النيابة كالصياغة نحو إن صغت لك خاتماً، وكذا إن خطت لك وإن بنيت لك بيتاً، بخلاف ما إذا قال إن بعت ثوباً لك حيث يحنث إذا باع ثوباً مملوكاً للمخاطب سواء كان بإذنه أو بغير إذنه لأن المحلوف عليه يوجد أمره وعدم أمره وهو بيع ثوب مختص بالمخاطب لأن اللام هنا أقرب إلى الاسم الذي هو الثوب منه للفعل، والقرب من أسباب الترجيح فيوجب إضافتها الثوب إلى مدخولها على ما سبق، ومثله ما لو وليت فعلاً لا تجري فيه النيابة مثل الأكل والشرب

كالأكل والشرب. وأجاب عن المسئلة المذكورة بأن محمد لم يذكرها، وهو مخالف لما ذكره المصنف وتخطئة له فإنه ذكر أنه لا حقوق له ترجع إلى المأمور، ومع ذلك جعله مما يحتمل النيابة. قال: (ومن قال هذا العبد حرّ إن بعته فباعه وشرط الخيار لنفسه عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم) لأن خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق (فينزل الجزاء) قيل لو كان البيع من غير إفادة الحكم كافياً لوقوع ما علق به لكان النكاح كذلك، فإذا علق العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسداً وجب أن ينزل الجزاء وليس كذلك. وأجيب بأن جواز البيع ليس من المنافي، وجواز النكاح مع المنافي، لأنه رق والإنسانية تنافيه، فإذا كان النكاح فاسداً اعتضد فساده بما يخالف الدليل فترجح جانب العدم فصار كأن لم يكن، بخلاف البيع لأنه موافق للدليل فكان موجوداً بالإيجاب والقبول في المحل وإن لم يفد الحكم؛ ولو قال إن اشتريت هذا العبد فهو حرّ فاشتراه وشرط الخيار لنفسه عتق أيضاً لأن الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه، وهذا على أصلهما ظاهر لأن خيار المشتري لا يمنع ثبوت الملك له عندهما، وكذا على أصله لأن هذا العتق معلق بتعليقه والمعلق كالمنجز، ولو نجز العتق بعد الشراء بخيار الشرط انفسخ الخيار وثبت الملك ووقع العتق فكذلك إذا علق. وردّ بأن في التنجيز لو لم ينفسخ الخيار لبطل التنجيز أصلاً لعدم احتماله التأخير، وفي

يفترق الحكم فيه في الوجهين. (ومن قال هذا العبد حرّ إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق) لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء (وكذلك لو قال المشتري إن اشتريته فهو حرّ فاشتراه على أنه بالخيار عتق) أيضاً لأن

وضرب الغلام لأنه لا يحتمل النيابة، فلو قال إن أكلت لك طعاماً أو طعاماً لك أو شربت لك شراباً أو شراباً لك أو ضربت لك غلاماً أو غلاماً لك أو دخلت لك داراً أو داراً لك فإنه يحنث بدخول دار يختص بها المخاطب: أي تنسب إليه وأكل طعام يملكه سواء كان بأمره أو بعلمه أو دونهما. ثم ذكر ظهير الدين أن المراد بالغلام الولد لأن ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة فكان كالإجارة، قال تعالى ﴿وبشروه بغلام عليم﴾ [الذاريات ٢٨] وقال قاضيخان: المراد له العبد للعرف، ولأن الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم ومحل الضرب يملك به فانصرف اللام إلى ما يملك لا إلى ما لا يملك قوله: (ومن قال هذا العبد حرّ إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع و) الفرض أن (الملك فيه قائم) لأن خيار البائع لا يوجب خروج المبيع من ملك البائع (فينزل الجزاء) لوجود المحل ولو باعه بيعاً فاسداً، فإن كان العبد في يد المشتري مضموناً عليه بأن كان غصبه لا يعتق كما في البيع الصحيح الباتّ لأنه كما تم البيع يزول العبد عن ملكه إلى المشتري؛ قيل وهذه تدل على أن المعلول مع العلة في الخارج وعقيب الشرط، فإن البيع كما هو علة للملك هو شرط لثبوت العتق لذلك العبد فكان المعلول وهو الملك أسرع ثبوتاً من المشروط الذي هو العتق حيث وجد ملك المشتري قبل وجود العتق. ويمكن أن يقال: بل إنما قارن الإعتاق زوال الملك فلم ينزل العتق لأنه بعده فلم يصادف الملك وتقدم مثل هذا للمصنف فتذكره، وهذا على أن المعلول عقيب العلة كما هو رأي المصنف، فعرف بهذا وجه تقييده المسئلة بكون البيع بشرط الخيار لأنه لو قال إن بعت هذا العبد فهو حرّ فباعه بيعاً باتاً لا يعتق قوله: (وكذلك إن قال المشتري إن اشتريته فهو حرّ فاشتراه على أنه بالخيار) يعني للمشتري (يعتق أيضاً) أما إذا اشتراه شراء فاسداً باتاً فإن كان في يده مضموناً بأن كان غصبه عتق لأنه صار معتقاً ملك نفسه، ولو كان شراء صحيحاً باتاً عتق بطريق الأولى لأن الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه. أما على قولهما فظاهر، وأما على قول أبي حنيفة فلأن العتق الواقع في هذا العبد بسبب تعليق هذا المشتري والمعلق بالشرط كالمنجز عنده، وهو لو اشتراه بشرط الخيار وأعتقه قبل إسقاط الخيار يعتق وثبت الملك سابقاً له شرطاً اقتضائياً فكذا هذا. وأورد طلب الفرق بين هذا البيع وبين النكاح الفاسد على قول أبي حنيفة حيث لا يقع به العتق فيما إذا قال إن تزوّجت فعبدي حرّ فتزوّج نكاحاً فاسداً مع أن كلاً منهما لا يفيد

التعليق لو لم ينفسخ لم يبطل لثبوت العتق بعد مضي مدة الخيار فلا يلزم من صحة التنجيز بفسخ الخيار صحة حكم التعليق به في الحال. وأجيب بأن العتق يحتاط في تعجيله وهو ممكن بإيقاعه في الحال بفسخ الخيار فلا يؤخر إلى مضيّ مدة الخيار، وطولب ههنا فرقان: فرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبينها والخيار للبائع فإنه قد اشتراه ولم يعتق عليه. وفرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما إذا اشترى الرجل قريبه بشرط الخيار له فإنه لا يعتق عليه ما لم يسقط الخيار عند أبي حنيفة رحمه الله. وفرق بين الأوليين بأن الخيار إذا كان للمشتري يتمكن من إسقاطه، ومتى كان الخيار للبائع لا يتمكن من إسقاطه وبين الثانيتين بأن شراء القريب لم يوجد فيه كلمة الإعتاق بعد الشراء حتى يسقط بها الخيار فلا يعتق عليه ما لم يسقطه، وأما في الإيجاب المعلق فإنه يصير قائلاً عند وجود الشرط أنت حرّ فيسقط الخيار ضرورة لوجود ما يختص بالملك، ووضع المسئلة في البيع بشرط الخيار يفيد أن البيع إذا كان باتاً لا يعتق وإن وجد البيع بناء على أن العلة مع المعلول في الوجود الخارجي، فكما تم البيع زال العبد عن ملكه والجزاء لا ينزل

أقول: والغلام يطلق على الولد أيضاً قال الله تعالى ﴿إنا نبشرك بغلام اسمه يحيى﴾ قوله: (قيل لو كان البيع إلى آخر قوله. وأجيب بأن جواز البيع ليس من المنافي) أقول: وقد يقرر هذا السؤال والجواب هكذا. فإن قيل: هذا البيع لم يفد حكمه ومع ذلك اعتبر لنزول الجزاء، والنكاح الفاسد لم يفد حكمه ومع ذلك لم يعتبر ولم يحنث به إذا علق به العتق، قيل جواز البيع باعتبار المالية، وليس في المالية معنى ينبو عن قبول حكم الإيجاب والقبول وجواز النكاح باعتبار الإنسانية؛ ألا يرى أنه يختص ببني آدم وفيها ما ينبو عن قبول حكم الإيجاب والقبول لأنها تقتضي الحرية والنكاح رق فلا يحنث إلا إذا كان صحيحاً، كذا في الفوائد الظهيرية.

الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه، وهذا على أصلهما ظاهر، وكذا على أصله لأن هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز، ولو نجز العتق يثبت الملك سابقاً عليه فكذا هذا **(ومن قال إن لم أبع هذا العبد أو هذه الأمة فامرأته طالق فأعتق أو دبر طلقت امرأته)** لأن الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع **(وإذا قالت المرأة لزوجها تزوّجت عليّ فقال كل امرأة لي طالق ثلاثاً طلقت هذه التي حلفته في القضاء)** وعن أبي يوسف أنها لا تطلق لأنه أخرجه

الملك. وأجيب بأن البيع وإن لم يستعقب الملك فهو بيع تام على وفق الدليل وهو الإيجاب والقبول في محله فكان وجوده وجود الشرط، بخلاف النكاح فإنه إذا صح كان على خلاف الدليل إذ الحرية تنفي ورود الملك فكيف إذا كان الملك فاسداً فلا يحكم بأنه الشرط إلا إذا صح. ويمكن أن يقال: لا ورود لهذا السؤال فإن هذا البيع وإن كان بشرط الخيار للمشتري فإنه يعقب الملك له بسبب خاص فيه وهو تعليقه السابق عتق من يشتريه فإنه يلزم أن ينزل العتق عند الشراء لأنه الشرط ويستلزم سبق الملك اقتضاء ومثله لا يتصوّر في النكاح. وأورد منع كون المعلق كالمنجز لأن المنجز لو لم يثبت عند الخيار والحكم يتقدمه يلغو، والمعلق لا يلزم إلغاؤه لأن الملك يثبت بعد مضي مدة الخيار فينزل إذ ذاك ولا يلغو. وأجيب لما أمكن أن يجري فيه ما يجري في المنجز والعتق يحتاط في إثباته وجب اعتباره إذ ذاك وإلا جاز أن يفسخ قبل المدة فلا يعتق، بخلاف ما إذا اشترى أباه بشرط الخيار لا يعتق إلا أن تمضي المدة عند أبي حنيفة لعدم الملك فإنه لم يوجد منه تكلم بالإعتاق بعد الشراء بشرط الخيار حتى يسقط خياره، وإنما يعتق على القريب بحكم الملك ولا ملك للمشتري بالخيار، والشارع إنما علق عتقه في قوله «من ملك ذا رحم» بالملك لا بالشراء، أما هنا فالإيجاب المعلق صار منجزاً عند الشرط وصار قائلاً أنت حرّ فينفسخ الخيار ضرورة قوله: **(ومن قال إن لم أبع هذا العبد أو هذه الأمة فامرأته طالق فأعتق أو دبر)** تدبيراً مطلقاً **(طلقت لأن الشرط)** وهو عدم بيعه **(قد تحقق)** بوقوع اليأس عنه بفوات المحلية بالعتق والتدبير، فصار كما لو علق طلاقها بعدمه بلفظ إن فمات أو مات العبد فإنها تطلق لوقوع اليأس. وأورد عليه منع وقوع اليأس في العتق مطلقاً بل في العبد. أما في الأمة فجاز أن ترتد بعد العتق فتسبى فيملكها هذا الحالف فيعتقها. وفي التدبير مطلقاً لجواز أن يقضي القاضي ببيع المدبر. وأجيب بأن من المشايخ من قال لا تطلق لهذا الاحتمال. والصحيح أنها تطلق لأن ما فرض من الأمور الموهومة الوقوع فلا يعتبر. ولأن الحلف على بيع هذا الملك لا كل ملك. وأجيب أيضاً عن المدبر بأن بيعه بيع قن لانفساخ التدبير بالقضاء فيعتق، ولا فرق بين كون العبد ذمياً أو مسلماً، ويجري فيه اختلاف المشايخ والتصحيح قوله: **(وإذا قالت المرأة لزوجها تزوّجت عليّ فقال كل امرأة لي طالق ثلاثاً طلقت هذه التي حلفته في القضاء)** وإن قال نويت غيرها صدق فيما بينه وبين الله تعالى وتطلق في القضاء،

في غير الملك، بخلاف ما فيه الشرط فإنهما يتعاقبان فيه **(ومن قال إن لم أبع هذا العبد أو هذه الأمة فامرأته طالق فأعتق أو دبر طلقت امرأته لأن الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع)** وهذا في إعتاق العبد ظاهر، وأما في التدبير والأمة فلا بد من بيان لأن المدبر يجوز بيعه إذا قضى القاضي بجواز بيعه، والأمة يجوز أن ترتدّ فتسبى بعد اللحاق بدار الحرب، وذلك أن الكلام في المدبر ما دام مدبراً، وإذا قضى القاضي بجواز بيعه يفسخ التدبير ويكون البيع حينئذ بين القن لا بيع المدبر، وفوات المحلية إنما كان باعتبار بقاء التدبير، وهذا كما ترى غير مخلص لأنه يفيد أن فوات المحلية ببقاء التدبير والتدبير قد يزول فلا تفوت المحلية فكان الواجب أن لا يقع الطلاق، والأولى في البيان أن يقال بيع المدبر لا يجوز، فالظاهر أن المسلم لا يقدم عليه، فإن أقدم فالظاهر أن القاضي لا يقدم على القضاء بما لا يجوز، ومع ذلك فالأصل عدم ما يحدث فكان عدم فوات المحلية بناء على جواز القضاء ببيعه مخالفاً للظاهر من كل وجه فلا يكون معتبراً، وأما الأمة فإن من مشايخنا من قال لا تطلق امرأته في التعليق بعدم بيعها باعتبار هذا الاحتمال، والصحيح أنها تطلق لأنه إنما عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وقد انتهى ذلك الملك بالإعتاق

قوله: (وقد انتهى ذلك الملك بالإعتاق والتدبير) أقول: فيه بحث، فإن الملك كامل في المدبر كما مر في الباب السابق، والأظهر أن يقول ولا يمكن البيع بعد الإعتاق والتدبير.

جواباً فينطبق عليه. ولأن غرضه إرضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به. وجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئاً، وقد يكون غرضه إيحاشها حين اعترضت عليه فيما أحله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيداً، وإن نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لأنه تخصيص العام.

وهذه مسئلة الجامع الصغير ولم يحك خلافاً. وذكروا عن أبي يوسف في شروح الجامع الصغير أنها لا تطلق، واختاره شمس الأئمة وكثير من المشايخ لأن الكلام خرج جواباً فينطبق على السؤال فكأنه قال كل امرأة لي غيرك طالق دلالة (ولأن غرضه إرضاؤها) لا إيحاشها. وجه ظاهر الرواية أن اللفظ عام ولا مخصص متيقن، لأنه إن كان فهو غرض إرضائها. وجاز كون غرضه إيحاشها لاعتراضها عليه فيما أحل الله له فكان محتملاً لكل من الأمرين، فالحكم بمعين تحكم، ولأنه زاد على قدر الجواب إذ يكفيه أن يقول إن كنت فعلت ذلك فهي طالق فلما لم يقتصر جعل مبتدئاً تحرزاً عن الإلغاء، والله أعلم.

[فروع] قال: لي إليك حاجة أتقضيها لي؟ فقال نعم، وحلف على ذلك بالطلاق والعتاق، فقال: حاجتي أن تطلق زوجتك ثلاثاً، له أن لا يصدقه لأنه متهم. ولو حلف ليطيعنه في كل ما يأمره به وينهاه عنه ثم نهاه عن جماع امرأته فجامعها الحالف لا يحنث إلا إذا كان ما يدل على قصده إلى ذلك عند تحليفه على الطاعة لأن الناس لا يريدون به النهي عن جماع المرأة عادة كما لا يريدون به النهي عن الأكل والشرب. حلف لا يطلق امرأته فكل طلاق يضاف إليه يحنث به، حتى لو وقع عليها طلاق بمضي مدة الإيلاء يحنث لا بما لا يضاف إليه فلا يحنث بتفريق القاضي للعنة واللعان ولا بإجازة خلع الفضولي بالفعل، ويحنث لو أجازه بالقول. قال امرأته طالق ثلاثاً إن دخلت الدار اليوم فشهد شاهدان أنه دخلها اليوم فقال عبده حرّ إن كان رأياني دخلت لم يعتق عبده بقولهما رأيناه دخل حتى يشهد آخران غيرهما أن الأولين رأياه دخل. ادعت أنها امرأته فحلف بطلاق زوجة أخرى له ما هي امرأته فأقامت بينة أنها امرأته فقال كانت امرأتي فطلقتها قال لا يحنث. حلف ما له عليه شيء فشهدا أن له عليه ألفاً وقضى بها القاضي يحنث في قول أبي يوسف خلافاً لمحمد، حتى لو كان الحلف بطلاق فرّق بينهما عند أبي يوسف خلافاً له، بخلاف ما لو شهدا أنه أقرضه ألفاً والمسئلة بحالها لا يحنث في قولهما. حلف بطلاق ولا يدري حلف بواحدة أو أكثر يتحرى ويعمل بما يقع عليه للتحري، فإن استوى ظنه يأخذ بالأكثر احتياطاً. قال: عمرة طالق الساعة أو زينب إن دخلت الدار لم يقع الطلاق على إحداهما حتى تدخل الدار. فإذا دخلت إحداهما خير في إيقاعه على أيهما شاء. ولو اتهمت امرأة بالسرقة فأمرت زوجها أن يحلف بطلاقها أنها لم تسرق فحلف فقالت قد كنت سرقت فللزوج أن لا يصدقها لأنها صارت متناقضة. حلف إن لم يجامع امرأته ألف مرة فهي طالق، قالوا هذا على المبالغة ولا تقدير فيه والسبعون كثير. حلف لا يكلم ابن فلان وليس لفلان ابن فولد له ابن فكلمه يحنث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ولا يحنث في قول محمد والأصل أنه يعتبر وجود الولد وقت اليمين وهما يعتبرانه وقت التكلم، والله أعلم.

والتدبير. وقوله: (ولو قالت المرأة لزوجها) ظاهر. وقوله: (لأنه زاد على حرف الجواب) أي أصله، لأنه لو أراد الجواب المطابق لقال إن فعلت فهي طالق: فلما ذكر كلمة كل دل على أن مراده العموم فيعمل اللفظ دون خصوص السبب فكان مبتدئاً. وقوله: (وقد يكون غرضه إيحاشها) جواب عن قوله بأن الغرض إرضاؤها.

باب اليمين في الحج والصلاة والصوم

(ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها عليّ المشي إلى بيت الله تعالى أو إلى الكعبة فعليه حجة أو عمرة ماشياً وإن شاء ركب وأهراق دماً) وفي القياس لا يلزمه شيء لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الأصل، مأثور عن عليّ رضي الله عنه. ولأن الناس تعارفوا إيجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما إذا قال عليّ زيارة البيت ماشياً

باب اليمين في الحج والصلاة والصوم

قدمها بعد ما تقدم لأنها عبادات فترجح في نفسها، فيقتضي ذلك أن تقدم، إلا أن يعرض ما يوجب تقديم غيرها من كثرة الوقوع المقتضية لأهمية التقديم قوله: (ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها عليّ المشي إلى بيت الله أو إلى الكعبة) وكذا عليّ المشي إلى مكة أو بكة بالباء (فعليه حجة أو عمرة ماشياً وإن شاء ركب وأهراق دماً) والتقييد بكونه في الكعبة مذكور في الجامع الصغير ليفيد أن وجوب أحد النسكين بهذه العبارة ليس باعتبار أنه مدلول اللفظ وإلا لغا لأنه لا يلتزم المشي إلا ليصل إليه، فإذا كان فيه استحال التسبب لحصوله. والحق أن يقال ليس باعتبار أنه مدلول اللفظ، لأن الواقع أن مدلول المشي ليس هو الحج أو العمرة، بل ولا يستلزمه لجواز أن يمشي إلى البيت ولا يفعل نسكاً، إما ابتداء معصية وإما بأن يقصد مكاناً في الحل داخل المواقيت ليس غير، فإذا وصل إليه صار حكمه حكم أهله، وله بعد ذلك أن يدخل مكة والبيت بلا إحرام، وهذا لأن من الجائز أن يكون في البيت ويوجب المشي إليه مرة أخرى فيلزمه إذا خرج أن يعود، كما لو كان في بيت فقال والله لأدخلن هذا البيت فإن عليه أن يخرج ثم يدخل مرة ثانية، ولا باعتبار الحكم بذلك مجازاً باعتبار أنه سبب الإحرام صوناً له عن اللغو لأنه ليس لازماً له لجواز أن يقصد بسيره مكاناً داخل المواقيت ليس

باب اليمين في الحج والصلاة والصوم

قدم هذا الباب على باب اللبس وغيره لأن في هذا ذكر العبادات وذكرها مقدم على غيرها، وإنما تأخر عما تقدم لكثرة وقوع ذلك. ومسائل هذا الفصل على ثلاثة أوجه: في وجه يلزمه إما حجة أو عمرة في قولهم جميعاً، وفي وجه لا يلزمه شيء كذلك، وفي وجه اختلفوا فيه. أما الوجه الأول فقيما إذا قال عليّ المشي إلى بيت الله أو إلى الكعبة أو إلى مكة. وفي رواية النوادر أو إلى بكة سواء كان في الكعبة أو في مكة أو لم يكن لزمه حجة أو عمرة ماشياً، فإن لم يكن بمكة فظاهر، وإن كان بها واختار الحج يحرم من الحرم ويخرج إلى عرفات ماشياً، فإن ركب لزمه شاة، وإن اختار العمرة خرج إلى التنعيم ويحرم بالعمرة، ولم يذكر محمد أنه يخرج إلى التنعيم ماشياً أو راكباً. وقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: جاز له أن يركب وقت الرواح إلى التنعيم لأن الرواح إليه ليس بمشي إلى بيت الله وإنما المشي إليه وقت الوجوع. وقال بعضهم: يمشي وقت الرواح أيضاً لأن الرواح إليه للإحرام فكان مشياً إلى بيت الله والقياس أن لا يلزمه بهذا النذر شيء (لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة) لأن المشي أمر مباح (ولا مقصودة في الأصل يعني لذاته لأن المقصود منه شيء اخر لا نفسه فكان القياس أن يكون النذر به باطلاً لكن تركناه بالأثر أما الأثر فما قال محمد في الأصل: بلغنا عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: من جعل على نفسه الحج ماشياً حج راكباً

باب اليمين في الحج والصلاة والصوم

قال المصنف: (وفي القياس لا يلزمه، إلى قوله في الأصل) أقول: فإن قيل يشكل هذا بالاعتكاف فقد صح النذر به وإن لم يكن واجب من جنسه قصداً. قلنا: الاعتكاف لا يصح إلا بالصوم والصوم من جنس القرب المقصود. فإن قيل: الاعتكاف يصح في الليل وإن كان لصوم لا يصح فيه. قلنا: صحه الاعتكاف في الليل تبع لصحة الاعتكاف في اليوم، ولهذا لو نذر الاعتكاف في الليل منفرداً عن اليوم لا يصح، وفي فصل القضاء بالمواريث من شروح الهداية كلام متعلق بالاعتكاف فراجعه قوله: (وفيه نظر لأنه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول: والذي يعلم من كلام الكافي أن اللفظ كناية لا مجاز فلا يلزم الجمع بينهما.

فيلزمه ماشياً، وإن شاء ركب وأراق دماً، وقد ذكرناه في المناسك (ولو قال عليّ الخروج أو الذهاب إلى بيت الله تعالى فلا شيء عليه) لأن التزام الحج أو العمرة بهذا اللفظ غير متعارف (ولو قال عليّ المشي إلى الحرم أو إلى الصفا والمروة فلا شيء عليه) وهذا عند أبي حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد في قوله عليّ المشي إلى الحرم حجة أو عمرة) ولو قال إلى

غيركما ذكرنا، ولا بالنظر إلى الغالب وهو أن الذهاب إلى هناك يكون لقصد الإحرام لما عرف من إلغاء الألفاظ وهي ما إذا نذر الذهاب إلى مكة كأن قال عليّ الذهاب أو لله عليّ الذهاب إلى مكة أو السفر إليها أو الركوب إليها أو المسير أو المضيّ أنه لا يلزمه شيء مع إمكان أن يحكم بذلك فيها صوناً عن اللغو، بل لأنه تعورف إيجاب أحد النسكين به فصار فيه مجازاً لغوياً حقيقة عرفية، مثل ما لو قال عليّ حجة أو عمرة، وإلا فالقياس كما ذكره المصنف أن لا يجب لهذا شيء لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة وهو المشي ولا مقصودة في الأصل. ولو قيل بل هي واجبة فإن المكي إذا قدر على المشي يلزمه الحج ماشياً. أجيب بأن الشرط للزوم النذر على ما قدمناه بعد كونه من جنسه واجب أن يكون مقصوداً لنفسه لا لغيره حتى لا يلزمه النذر بالوضوء لكل صلاة والمشي المذكور، وكذا السعي إلى الجمعة كذلك لمن لا يملك مركباً ويقدر على المشي، إلا أنه قد يعكر عليه الطواف فإنه واجب مقصود لنفسه لا شرط لغيره إلا أن يراد من جنس المشي إلى مكة. وأورد أن الاعتكاف يلزم بالنذر وليس من جنسه واجب. أجيب بأن من شرطه الصوم ومن جنسه واجب، وتوجيهه أن إيجاب المشروط إيجاب الشرط، ولا خفاء في بعده فإن وجوب الصوم فرع وجوب الاعتكاف بالنذر، والكلام الآن في صحة وجوب المتبوع فكيف يستدل على لزومه بلزومه ولزوم الشرط فرع لزوم المشروط، وإن استدل بالإجماع أو النص المتقدم في حديث نذر عمر رضي الله عنه الاعتكاف في الجاهلية[1] فهم لا يقولون بهذا الحديث بل يصرفونه عن ظاهره لأنهم والشافعي لا يصححون نذر الكافر. ثم قد يقال تحقق الإجماع على لزوم الاعتكاف بالنذر يوجب إهدار اشتراط وجود واجب من جنسه، وإذا تعارفوه للإيجاب صار كقوله عليّ زيارة البيت ماشياً فإنه موجب لذلك، ولو أراد ببيت الله بعض المساجد لم يلزمه شيء، وكذا لا يلزمه بقوله على المشي إلى بيت المقدس أو مدينة الرسول ﷺ شيء. وأورد أنه إذا كان كقوله عليّ حجة أو عمرة ينبغي أن لا يلزمه المشي لأنه لو قال عليّ الحج لا يلزمه. والجواب أن الحق أن التقدير على حجة أو عمرة ماشياً لأن المشي لم يهدر اعتباره شرعاً، فإنه روى عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي إلى البيت، فأمرها النبي ﷺ أن تركب وتهدي هدياً»[2] رواه أبو داود وغيره وسنده حجة، وما في صحيح مسلم أنه قال «لتمش ولتركب» فمحمول إما على

وذبح شاة لركوبه. كذا في بعض الشروح، وليس بمطابق لما نحن فيه لجواز أن يكون ذلك فيمن جعل على نفسه الحج ماشياً بغير هذا اللفظ وليس الكلام فيه. وقال آخرون: روي عن عليّ رضي الله عنه أنه أجاب في هذه المسئلة بأن عليه حجة أو عمرة وهذا مطابق. وقد روى شيخي في شرحه «أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي إلى بيت الله تعالى، فأمرها النبي ﷺ أن تحرم بحجة أو عمرة». وأما العرف فما ذكره في الكتاب أن الناس تعارفوا إيجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما إذا قال عليّ زيارة البيت ماشياً فيلزمه ماشياً، وإن ركب وأراق دماً فله ذلك على ما ذكره في المناسك. وإيجاب الحج أو العمرة بهذا النذر بطريق المجاز من باب ذكر السبب وإرادة المسبب، ولهذا لم يفرق بين أن يكون الناذر في الكعبة أو في غيرها. فإن قيل: فإذا كان هذا اللفظ استعارة لالتزام الحج كان اللفظ غير منظور إليه، كما لو نذر أن يضرب بثوابه حطيم الكعبة فحينئذ ينبغي أن لا يلزمه المشي في طريق الحج كما لا يلزمه هناك ضرب الحطيم بثوبه، وإنما يجب إهداء الثوب إلى مكة لكون اللفظ عبارة عنه. أجيب بأن للحج ماشياً فضيلة ليست له راكباً، قال ﷺ «من حجّ ماشياً فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم، قيل: وما حسنات الحرم؟ قال: واحدة بسبعمائة» فاعتبر لفظه لإيجاب المشي لإحراز تلك الفضيلة، ومعناه في إيجاب الحج أو العمرة لإجماعهم على ذلك

(١) حديث عمر تقدم تخريجه مستوفياً في أوائل فصل الكفارة رواه الجماعة.

(٢) تقدم تخريجه في كتاب الحج من حديث ابن عباس. رواه أصحاب السنن، ورواه مسلم بلفظ تغير يسير كما ذكر المصنف.

المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف. لهما أن الحرم شامل على البيت، وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره، بخلاف الصفا والمروة لأنهما منفصلان عنه. وله أن التزام الإحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن إيجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلاً (**ومن قال عبدي حرّ إن لم أحج العام، وقال حججت وشهد شاهدان أن ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده**) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد: يعتق لأن هذه شهادة قامت على أمر معلوم وهو التضحية، ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط. ولهما أنها قامت على النفي لأن المقصود منها نفي الحج لا إثبات

ذكر بعض المروى، وعلى هذه اقتصرنا في كتاب الحج: يعني أن محل الإشكال جواز ركوبها ولو أهدت؛ كما لو نذر الصوم بصفة التتابع ليس له أن يفرّق ويتصدق، بل لو فرق لزم استئنافه فاقتصر الراوي على ذلك ليفيد دفع ذلك، وعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر أو محمول على حالة الجهد، فإن في بعض طرقه «وإنها لا تطيق ذلك» ثم يعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر وقد ذكرنا بقيته هناك ذيلاً طويلاً وفروعاً جمة، وأن الراجح أن يلزمه المشي من بيته لا من حيث يحرم فيه من الميقات: يعني فالخلاف فيما إذا لم يحرم منه وهل يلزمه المشي منه أو من حيث يحرم فيه من الميقات، أما لو أحرم من بيته لزمه المشي منه بالاتفاق.

واعلم أن في بعض طرق حديث أخت عقبة قال «ولتهد بدنة»[١] لكنهم عملوا بإطلاق الهدي[٢] في الحديث الآخر الثابت في الصحيحين. وأخرج الحاكم في المستدرك من حديث عمران بن الحصين قال «ما خطبنا رسول الله ﷺ خطبة إلا أمرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة، وقال: إن من المثلة أن ينذر الرجل أن يحج ماشياً، فمن نذر أن يحج ماشياً فليهد هدياً وليركب»[٣] وقال صحيح الإسناد ولم يخرّجاه، لكن حمل المطلق على المقيد إذا كانا في حادثة واحدة واجب فتجب البدنة، ثم المصنف ذكر هذا المذهب عن عليّ رضي الله عنه، والمروى عن عليّ من طريق الشافعي عن ابن علية عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن علي في الرجل يحلف على المشي قال: يمشي، فإن عجز ركب وأهدى بدنة. ورواه عبد الرزاق عن علي بسند صحيح فيمن نذر أن يمشي إلى البيت قال: يمشي، فإذا أعيا ركب وأهدى جزوراً. وأخرج نحوه عن ابن عمر وابن عباس وقتادة والحسن[٤] وأما ورود البدنة في خصوص حديث أخت عقبة بن عامر فأسند أبو يعلى في مسنده: حدثنا زهير، حدثنا أحمد بن عبد الوارث، حدثنا همام، حدثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس «أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشية، فسأل النبي ﷺ عنها فقال: إن الله عز وجلّ غنيّ عن نذر أختك، لتركب ولتهد بدنة»[٥] وأما إذا كان الناذر بمكة وأراد أن يجعل الأحد الذي لزمه حجاً فإنه يحرم من

المتعارف، وفيه نظر لأنه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز. والأولى أن يقال هذه اللفظة في العرف تستعمل للحج أو العمرة ماشياً لا أن الحقيقة مرادة بلفظه ومجازه بمعناه. وأما الوجه الثاني ففيما إذا قال عليّ الخروج أو الذهاب أو السعي أو السفر أو الركوب الإتيان إلى بيت الله أو المشي إلى الصفا والمروة لم يلزمه شيء لعدم الأثر والعرف فيه فكان باقياً على القياس. وأما الوجه الثالث ففيما إذا قال عليّ المشي إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام، قال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا شيء عليه، كما لو قال عليّ المشي

---

(١) حسن. أخرجه أبو يعلى ٢٧٣٧ والطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١٣١ وأحمد ١/ ٣١١ والبيهقي ١٠/ ٧٩ كلهم عن همام عن قتادة عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً بهذا اللفظ، وإسناده جيد رجاله ثقات إلا أن قتادة مدلس وقد عنعنه، فالحديث حسن. لا سيما، وقد أخرج أبو داود ٣٢٩٦ و ٣٢٩٧ و ٣٢٩٨ و ٣٣٠٣ فتارة ذكر: «ولتهد بدنة» وتارة لم يذكرها.

(٢) تقدم في أواخر كتاب الحج رواية البخاري ومسلم وليس فيه ذكر البدنة ولا الهدي.

(٣) جيد. أخرجه الحاكم ٤/ ٣٠٥ وأحمد ٤/ ٤٢٩ كلاهما من حديث الحسن عن عمران بن حصين مرفوعاً.
قال الحاكم: صحيح الإسناد. ووافقه الذهبي.
وكذا قال الهيثمي في المجمع ٤/ ١٨٩: رجال أحمد رجال الصحيح.

(٤) هذه الآثار أوردها الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٠٥.

(٥) تقدم تخريجه قبل ثلاثة أحاديث.

التضحية لأنه لا مطالب لها فصار كما إذا شهدوا أنه لم يحج العام. غاية الأمر أن هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيراً (ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم أفطر من يومه حنث) لوجود الشرط إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات على قصد التقرب (ولو حلف لا يصوم يوماً أو صوماً فصام ساعة ثم أفطر لا يحنث)

الحرم ويخرج إلى عرفات ماشياً إلى أن يطوف طواف الزيارة كغيره، وإن أراد إسقاطه بعمرة فعليه أن يخرج إلى الحل فيحرم منه. وإنما اختلفوا في أنه يلزمه المشي في ذهابه إلى الحل أو لا يلزمه إلا بعد رجوعه منه محرماً. والوجه يقتضي أنه يلزمه المشي لما قدمناه في الحج من أنه يلزمه المشي من بلدته مع أنه ليس محرماً منها بل هو ذاهب إلى محل الإحرام ليحرم منه: أعني المواقيت في الأصح لما قدمنا عن أبي حنيفة: لو أن بغداد يا قال إن كلمت فلاناً فعليّ أن أحج ماشياً فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه أن يمشي من بغداد. ولو قال عليّ السفر إلى بيت الله فقد علمت أنه لا يلزمه شيء مع إخوانه، ومثله الشد والهرولة والسعي إلى مكة، وكذا عليّ المشي إلى أستار الكعبة أو باب الكعبة أو ميزابها أو أسطوانة البيت أو الصفا أو المروة أو إلى عرفات ومزدلفة لا يلزمه شيء. واختلفوا فيما إذا قال لله عليّ المشي إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام قال أبو حنيفة لا يلزمه شيء، وقال صاحباه: يلزمه أحد النسكين. والوجه في ذلك أن يحمل على أنه تعورف بعد أبي حنيفة إيجاب النسك بهما فقالا به كما تعورف بالمشي إلى الكعبة ويرتفع الخلاف، وإلا فالوجه الذي ذكر لهما متضائل[1] وهو أن الحرم والمسجد الحرام يشتمل على الكعبة فذكر المشتمل ذكر للمشمول وهو الكعبة، ولو صرح بقوله لله عليّ المشي إلى الكعبة لزمه، فكذا ذكر المشتمل لأن إيجاب اللفظ لتعارف عينه فيه، وليس عين المشي إلى الحرم عينه وهو وجه أبي حنيفة قوله: **(ومن قال عبدي حر إن لم أحج العام فقال بعد انقضائه حججت وأقام العبد شاهدين على أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده عند أبي حنيفة وأبي يوسف)** ولم يذكر قول أبي يوسف مع أبي حنيفة في الجامع الصغير، قاله صاحب المختلف، وكذا لم يذكره الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير **(وقال محمد يعتق لأن هذه شهادة قامت على أمر مشاهد وهو التضحية)** وكيف لا يقبل **(ومن ضرورته انتفاء الحج)** ذلك العام **(فيتحقق الشرط)** فيعتق **(ولهما أنها قامت على النفي)** معنى **(لأن المقصود منها نفي الحج لا إثبات التضحية)** فإن الشهادة على التضحية غير مقبولة لأن المدعي وهو العبد لا حق له فيها يطلبه لأن العتق لم يعلق بها، وما

إلى الصفا والمروة، وقال أبو يوسف ومحمد: لزمه حجة أو عمرة لأن الحرم شامل للبيت **(وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره، بخلاف الصفا والمروة لأنهما منفصلان عنه. وله أن التزام الإحرام بهذه العبارة غير متعارف)** حتى يصير مجازاً **(ولا يمكن إيجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلاً)** **(ومن قال عبدي حر ـ إن لم أحج العام)** ظاهر. وقوله: **(لكن لا يميز بين نفي ونفي تيسيراً)** نوقض بمسئلة السير الكبير: رجلان شهدا على رجل أنا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى فبانت منه امرأته، والرجل يقول وصلت بقولي قول النصارى جازت هذه الشهادة، وإن قامت على النفي لأنها قامت على نفي شيء أحاط به

قوله: **(جازت هذه الشهادة وإن قامت على النفي إلخ)** أقول: في الكافي: فإن قيل ذكر في المبسوط أن الشهادة على النفي تسمع في الشروط ولهذا لو قال لعبده إن لم أدخل الدار اليوم فأنت حر فشهد أنه لم يدخل الدار اليوم تقبل شهادتهما ويقضي بعتقه، وما نحن بصدده من قبيل الشروط. قلنا هو عبارة عن أمر ثابت معاين وهو كونه خارج الدار اهـ. وهو مخالف لما قدمه من أن النحر وإن كان ثبوتياً لكنه لا يدخل تحت القضاء ولم يكن معتبراً فبقي النفي مقصوداً كما لا يخفى، فإنه كونه خارج الدار لا يدخل تحت القضاء أيضاً قوله: **(وأجاب الإمام قاضيخان إلخ)** أقول: إن كان قوله لأنها قامت على نفي شيء إلخ مذكوراً في السير الكبير لا يستقيم جواب قاضيخان قوله: **(وهو سكوت الزوج)** أقول: في كون السكوت وجودياً بحث، قال في شرح العقائد: السكوت هو ترك التكلم.

---

(١) **(متضائل)** أي متصاغر، من الضآلة وهي النحافة، وفي بعض النسخ **(ليس بقوي متضائل)** ولعلهما نسختان جمع الناسخ بينهما اهـ مصححة.

. . . .

لا يطلب له لا يدخل تحت القضاء، وإذا بطلت الشهادة على التضحية بقيت في الحاصل على نفي الحج مقصوداً والشهادة على النفي باطلة. فإن قيل: لا نسلم أنها مطلقاً باطلة بل النفي إذا كان مما يعلم ويحيط به الشاهد صحت الشهادة عليه، فإنه ذكر في السير الكبير: شهدا على رجل أنه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى والرجل يقول وصلت به ذلك قبلت هذه الشهادة وبانت امرأته لإحاطة علم الشاهد به. أجاب المصنف بقوله: **(غاية الأمر أن هذا نفي يحيط به علم الشاهد لكنه لا يميز بين نفي ونفي)** في عدم القبول، بأن يقال النفي إذا كان كذا صحت الشهادة به وإن كان كذا لا تصح **(تيسيراً)** ودفعاً للحرج اللازم في تمييز نفي من نفي. وأما مسئلة السير فالقبول باعتبار أنها شهادة على السكوت الذي هو أمر وجودي وصار كشهود الإرث إذا قالوا نشهد أنه وارثه لا نعلم له وارثاً غيره حيث يعطى له كل التركة لأنها شهادة على الإرث والنفي في ضمنه والإرث مما يدخل تحت القضاء، فأما النحر وإن كان وجودياً ونفى الحج في ضمنه لكنه لا يدخل تحت القضاء كما ذكر فكانت الشهادة كعدمها في حقه فبقي النفي هو المقصود بها، وأما ما في المبسوط من أن الشهادة على النفي تقبل في الشروط حتى لو قال لعبده إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فشهدا أنه لم يدخلها قبلت ويقضي بعتقه وما نحن فيه من قبيل الشروط. فأجيب عنه بأنها قامت بأمر ثابت معاين وهو كونه خارجاً فيثبت النفي ضمناً ولا يخفى أنه يرد عليه أن العبد كما لاحق له في التضحية إذ لم تكن هي شرط العتق فلم تصح الشهادة بها، كذلك لا حق له في الخروج لأنه لم يجعل الشرط بل عدم الدخول كعدم الحج في مسئلتنا، فلما كان المشهود به مما هو وجودي متضمن للمدعي به من النفي المجعول شرطاً قبلت الشهادة عليه وإن كان غير مدّعي به لتضمنه المدعي به، كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة للنفي المدعي به فقول محمد أوجه قوله: **(ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وأمسك ساعة ثم أفطر من يومه حنث لوجود الشرط)** وهو الصوم الشرعي إذ هو الإمساك على المفطرات على قصد التقرّب وقد وجد تمام حقيقته، وما زاد على أدنى إمساك في وقته تكرار للشرط، ولأن بمجرد الشروع في الفعل إذا تمت حقيقته يسمى فاعلاً، ولذا أُنزِلَ إبراهيم ﷺ ذابحاً حيث أمرّ السكين في محل الذبح فقيل له **﴿قد صدّقت الرؤيا﴾** [الصافات ١٠٥] بخلاف ما إذا كانت حقيقته تتوقف على أفعال مختلفة كالصلاة، فلذا قال فيمن حلف لا يصلي أنه إذا قام وقرأ وركع وسجد إذا قطع، فلو قطع بعد الركوع لا يحنث لأنه لم يدخل في الوجود تمام حقيقتها قوله: **(ولو حلف لا يصوم يوماً أو صوماً لم يحنث بصوم ساعة)** بل بإتمام اليوم، أما في يوماً فظاهر، وكذا في صوماً لأنه مطلق فينصرف إلى الكامل وهو المعتبر شرعاً فلذا قلنا لو قال لله عليّ صوم وجب عليه صوم يوم كامل بالإجماع، وكذا إذا قال عليّ صلاة تجب ركعتان عندنا لا يقال: المصدر مذكور بذكر الفعل فلا فرق بين حلفه لا يصوم ولا يصوم صوماً فينبغي أن لا يحنث في الأول إلا بيوم. لأنا نقول: الثابت في ضمن الفعل ضروري لا يظهر أثره في غير تحقيق الفعل، بخلاف الصريح فإنه اختياري يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال. وقد أورد عليه ما لو قال

علم الشاهد. وأجاب الإمام قاضيخان بأن هذه الشهادة شهادة قامت على أمر وجودي وهو سكوت الزوج عقيب قوله المسيح ابن الله، ولكن قال الإمامان العلمان في التحقيق شمس الأئمة وفخر الإسلام: إذا قال الشاهدان الزوج لم يقل هذه الزيادة قبلت الشهادة لأن قولهما هذا بيان منهما لإحاطة علمهما بذلك، فكان التمييز بين نفي ونفي معتبراً، ولكنه ليس مختار المصنف لإفضائه إلى الحرج. قوله: (ومن حلف لا يصوم) ظاهر. وقوله: (لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعاً) أورد عليه ما لو قال والله لأصومنّ

قال المصنف: (إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات على قصد التقرب) أقول: إن قلت المصدر مذكور هنا أيضاً. قلت: بلى لكن لغة لا شرعاً، وعند ذكر المصدر صريحاً ينصرف إلى الكامل وهو الصوم لغة وشرعاً.

قوله: (أورد عليه ما لو قال والله لأصومن إلخ) أقول: هذا الإيراد غير متوجه على هذا القول، بل موردة قوله واليوم صريح في تقدير المدة إلا أن يقال: المراد قوله لأنه يراد به الصوم المعتبر شرعاً إلى آخر الكلام فليتأمل.

لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعاً وذلك بانهائه إلى آخر اليوم، واليوم صريح في تقدير المدة به **(ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث، وإن سجد مع ذلك ثم قطع حنث)** والقياس أن يحنث بالافتتاح اعتباراً بالشروع في الصوم. وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن الأركان المختلفة، فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلاة، بخلاف الصوم لأنه ركن

لأصومنّ هذا اليوم وكان بعد أن أكل أو بعد، الزوال، أو قال لامرأته إن لم تصلي اليوم فأنت طالق فحاضت من ساعتها أو بعد ما صلت ركعة صحت اليمين وطلقت في الحال مع أنه مقرون بذكر اليوم ولا كمال. وأجيب بأن اليمين تعتمد التصوّر، والصوم بعد الزوال والأكل متصوّر كما في صورة الناسي، وكذا الصلاة من الحائض لأن درور الدم لا يمنع كما في المستحاضة إلا أنها لم تشرع مع درور هو حيض ففات شرط أدائه، بخلاف مسئلة الكوز لأن محل الفعل وهو الماء غير قائم أصلاً فلا يتصور بوجه، وهاتان المسئلتان إنما تصلحان مبتدأتين لا موردتين لأن كلامنا كان في المطلق وهو لفظ يوماً، ولفظ هذا اليوم ليس من قبيل المطلق لأنه مقيد معرف والمطلقات هي النكرات وهي أسماء الأجناس وإلا فزيد وعمرو مطلق ولا يقول به أحد. والمسئلتان مشكلتان على قول أبي حنيفة ومحمد لأن التصوّر شرعاً متتف، وكونه ممكناً في صورة أخرى وهي صورة النسيان والاستحاضة لا يفيد، فإنه حيث كان في صورة الحلف مستحيلاً شرعاً لم يتصوّر الفعل المحلوف عليه لأنه لم يحلف إلا على الصوم والصلاة الشرعيين، أما على قول أبي يوسف فظاهر أنهما تنعقدان ثم يحنث. واعلم أن التمرتاشي ذكر أنه لو حلف لا يصوم فهو على الجائز لأنه لتعظيم الله تعالى، وذلك لا يحصل بالفاسد إلا إذا كانت اليمين في الماضي، وظاهره يشكل على مسئلة الكتاب فإنه حنثه بعد ما قال ثم أفطر من يومه لكن مسئلة الكتاب أصح لأنها نص محمد في الجامع الصغير قوله: **(ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع ثم قطع لم يحنث والقياس)** يعني على الصوم **(أن يحنث بالافتتاح وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن أفعال مختلفة فلما لم يأت بها لا تسمى صلاة)** يعني لم يوجد تمام حقيقتها والحقيقة تنتفي بانتفاء الجزء **(بخلاف الصوم لأنه ركن واحد وهو الإمساك ويتكرر بالجزء الثاني)** ولذا قال الفقيه أبو الليث: لا فرق بينهما في الحاصل لأن ما بعد صوم ساعة مكرر من جنس ما مضى فصار صوم ساعة كالصلاة ركعة، يعني لأنه يجتمع فيها تمام الحقيقة، ثم قال المصنف **(وإن سجد مع ذلك)** يعني الركوع وما قبله **(ثم قطع حنث)** ويشكل عليه ما ذكر التمرتاشي: حلف لا يصلي يقع على الجائز كما تقدم فلا يحنث بالفاسد إلا إذا كان اليمين في الماضي: أي حلف ما صليت وكان قد صلى فاسدة لأن الصلاة الماضية يراد الخبر عنها لا التقرب بها ويصح الخبر عن الفاسدة، اللهم إلا أن يراد بالفاسدة أن تكون بغير طهارة ويكون ما في الذخيرة بياناً له وهو قوله لو حلف لا يصلي فصلى صلاة فاسدة بأن صلى بغير طهارة مثلاً لا يحنث استحساناً، لأن مطلق الاسم ينصرف إلى الكامل وهو ما به حصول الثواب وسقوط الفرض. قال: ولو نوى الفاسدة صدق ديانة وقضاء لأن الفاسد صلاة صورة، وإطلاق الاسم على صورته مجازاً جائز فقد نوى ما يحتمله لفظه وفيه تغليظ على نفسه، ومع هذا يحنث بالصحيحة أيضاً، وليس في هذا الجمع بين الحقيقة والمجاز، وإنما طريقه أن في الصحيح ما في الفاسدة وزيادة على شرط الحنث فلا يمنع الحنث، ولو كان عقد يمينه على الماضي بأن قال إن كنت صليت فهي على الجائزة والفاسدة ثم فرّق بين لا أصلي ولا أصلي صلاة حيث يحنث بركعة فقال: وفي صورة حذف المفعول المنفى فعل الصلاة لا كون المفعول صلاة، وذلك يحصل بالركعة، إلا أنه إذا قطعها بعد ذلك فقد انتقض فعل الصلاة ولكن بعد صحته، والانتقاض إنما يظهر في حكم يقبل الانتقاض، والحنث بعد تحققه لا يقبل الانتقاض فظهر من كلامه هذا أن المراد من

هذا اليوم وكان ذلك بعد ما أكل أو شرب أو بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق، والصوم مقرون باليوم ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي فإن الصوم الشرعي بعد الأكل أو الشرب أو بعد الزوال غير متصور. والجواب أن الدلالة قامت على أن المراد به ليس الصوم الشرعي وهو كون اليمين بعد الأكل أو بعد الزوال فانصرف إلى الصوم اللغوي وانعقدت يمينه عليه، بخلاف ما نحن فيه فإنه ليس فيه ما يمنعه عن الصوم الشرعي فينصرف إليه. وقوله: (ولو حلف لا يصلي) ظاهر. وقوله: (لا يحنث ما لم يصل

واحد وهو الإمساك ويتكرر في الجزء الثاني (ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث ما لم يصلّ ركعتين) لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعاً وأقلها ركعتان للنهي عن البتيراء.

الفاسدة هي التي لم يوصف منها شيء بوصف الصحة في وقت بأن يكون ابتداء الشروع غير صحيح، وعليه يحمل ما أوردناه في الصوم ويرتفع الإشكال هناك أيضاً. وأورد أن من أركان الصلاة القعدة وليست في الركعة الواحدة فيجب أن لا يحنث بها وأجيب بأن القعدة موجودة بعد رفع رأسه من السجدة، وهذا أوّلاً مبني على توقف الحنث على الرفع منها وفيه خلاف المشايخ. والحق أن يتفرّع على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في ذلك. ومرّت المسئلة في سجود السهو. والأوجه أن لا يتوقف لتمام حقيقة السجود بوضع بعض الوجه على الأرض. ثم لو سلم فليست تلك القعدة هي الركن. والحق أن الأركان الحقيقية هي الخمسة، والقعدة ركن زائد على ما تحرر، وإنما وجبت للختم فلا تعتبر ركناً في حق الحنث قوله: (**ولو حلف لا يصلي صلاة لم يحنث ما لم يتصل ركعتين لأنه يراد بها الصلاة المعتبرة شرعاً**) على الوجه الذي قررناه في لا يصوم صوماً (**وأقل المعتبر شرعاً صلاة ركعتين للنهي عن البتيراء**) نهياً يمنع الصحة لو فعلت. ومن فروع هذه المسئلة ما في الذخيرة: قال لعبده إن صليت ركعة فأنت حرّ فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق. ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الأولى لأنه في الصورة الأولى ما صلى ركعة لأنها بتيراء بخلاف الثانية. وهذه المسئلة مذكورة في نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف، فقال بعض المتأخرين تبين بهذه أن المذكورة في الجامع قول محمد: يعني وحده وهو غير لازم، فإن المذكور عن أبي يوسف: حلف لا يصلي ركعة وصلاة الركعة حقيقة دون مجرد الصورة لا يتحقق إلا بضم أخرى إليها. والمذكور في الجامع: حلف لا يصلي ولم يقل ركعة، والبتيراء تصغير البتراء تأنيث الأبتر وهو في الأصل مقطوع الذنب ثم صار يقال للناقص. وفي البيع يحنث بالفاسد بخلاف النكاح والفرق غير خاف. ثم إذا حلف لا يصلي صلاة فهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين؟ اختلفوا فيه، والأظهر أنه إن عقد يمينه على مجرد الفعل وهو إذا حلف لا يصلي صلاة يحنث قبل القعدة لما ذكرته، وإن عقدها على الفرض كصلاة الصبح أو ركعتي الفجر ينبغي أن لا يحنث حتى يقعدْ.

[فروع] حلف لا يؤمّ أحداً فصلى فجاء ناس واقتدوا به فقال نويت أن لا أؤم أحداً صدق ديانة لا قضاء إلا أن أشهد أني إنما أصلي لنفسي، وكذا لو صلى هذا الحالف الجمعة بالناس ونوى أن يصلي لنفسه الجمعة جازت الجمعة استحساناً لأن الشرط فيها الجماعة وقد وجد وحنث قضاء لا ديانة. وينبغي إذا أمهم في صلاة الجنازة أن يكون كالأول إن أشهد صدق فيهما وإلا ففي الديانة. ولو قال ما صليت اليوم صلاة يريد في جماعة صحت نيته لأنها ناقصة والمطلق ينصرف إلى الكامل. ولو قال ما صليت اليوم الظهر يريد في جماعة، قال محمد: لا تسعه النية في هذا، بخلاف ما إذا صلى الظهر في السفر ثم قاله بمعنى ظهر مقيم وسعته فيما بينه وبين الله تعالى. وفي ما أخرت صلاة عن وقتها وقد نام فقضاها، اختلفوا بناء على أن وقت التذكر وقتها بالحديث فيصح أوّلاً بل ينصرف إلى الوقت الأصلي.

ركعتين) قيل عليه ينبغي أن لا يحنث بمجرد الإتيان بالركعتين ما لم يأت بالقعدة لأن الصلاة لا تكون معتبرة بدون القعدة شرعاً، وليس بشيء لأن الركعتين عبارة عن صلاة تامة، وتمامها شرعاً إنما يكون بالقعدة أشار إلى ذلك تعليله بقوله لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعاً، والله أعلم.

قوله: (قيل عليه ينبغي أن لا يحنث) أقول: صاحب القيل هو الإتقاني.

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

(ومن قال لامرأته إن لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطناً فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدي عند أبي حنيفة وقالا: ليس عليه أن يهدي حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف) ومعنى الهدي التصدق به بمكة لأنه اسم لما يهدى إليها. لهما أن النذر إنما يصح في الملك أو مضافاً إلى سبب الملك ولم يوجد لأن اللبس وغزل المرأة ليسا من أسباب ملكه. وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه، ولهذا يحنث إذا غزلت من قطن

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

قدمه على الضرب والقتل لأن اللبس أكثر وقوعاً منه لا بقيد خصوص الملبوس، أو لأن شرعيته أوسع من شرعية الضرب والقتل. والحليّ بضم الحاء وتشديد الياء جمع حلى بفتح الحاء وسكون اللام كثدى وثديّ قوله: (ومن قال لامرأته إن لبست من غزلك) أي ثوباً من غزلك أي مغزولك (فهو هدي) فغزلت من قطن مملوك له وقت الحلف فلبسه فهو هدي اتفاقاً، ولو لم يكن في ملكه قطن أو كان لكن لم تغزل منه بل غزلت من قطن اشتراه بعد الحلف فلبسه فهي مسئلة الكتاب، فعند أبي حنيفة هو هدي وقالا: (ليس عليه أن يهديه حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف) أي وقت الحلف (ومعنى الهدي) هنا (وما يتصدق به بمكة لأنه اسم لما يهدي إليها) فإن كان نذر هدي شاة أو بدنة فإنما يخرجه عن العهدة ذبحه في الحرم والتصدق به هناك فلا يجزيه إهداء قيمته. وقيل في إهداء قيمة الشاة روايتان: فلو سرق بعد الذبح ليس عليه غيره، وإن نذر ثوباً جاز التصدق في مكة بعينه أو بقيمته، ولو نذر إهداء ما لا ينقل كإهداء دار ونحوها فهو نذر بقيمتها (وجه قولهما أن النذر إنما ينعقد) فيما هو (في الملك) قال النبيّ ﷺ «لا نذر فيما لا يملك ابن آدم»[1] (أو مضافاً إلى سبب الملك) مثل إن اشتريت كذا فهو هدي أو فعليّ أن أتصدّق به ولم يوجد ذلك فإن اللبس المجعول شرطاً ليس سبباً لملك الملبوس ولا متعلقه الذي هو غزل المرأة سبباً لملكه إياه لأنه يملك القطن وليس الغزل سبباً لملك القطن لأن غزلها يكون من قطنها ويكون من قطنه، فلا يصح النذر في المشتري من القطن إذا غزل (وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج) لأن العادة أن يشتري القطن ويجعله في البيت وهي تغزله فيكون المغزول مملوكاً له (والمعتاد هو المراد) بالألفاظ، فالتعليق بغزلها تعليق بسبب ملكه للثوب كأنه قال: إن لبست ثوباً أملكه بسبب غزلك قطنه فهو هدي ولا حاجة إلى تقدير ملك القطن ولا إلى الالتفات إله وإن كان في الواقع لا يملك المغزول بالغزل إلا إذا كان القطن مملوكاً له، وحينئذ لا فرق بين أن يملك القطن بعد ذلك أو في حال الحلف، ثم استوضح على أن غزلها

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

قدم يمين لبس الثياب وغيره على اليمين في الضرب والقتل، إما لأن يمين لبس الثياب أكثر منه وجوداً، وإما لأن اليمين به مشروع وجوداً وعدماً، بخلاف الضرب والقتل (ومن قال لامرأته إن لبست من غزلك فهو هدي) أي صدقة أتصدق به على فقراء مكة وكلامه واضح. وقوله: (والمعتاد هو المراد) يعني فصار كأنه قال من قطني أو من قطن سأملكه (وذلك) أي الغزل من قطن

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

---

(١) صحيح. هو بعض حديث أخرجه البخاري ٦٠٤٧ ومسلم ١٧٦ ح ١١٠ والترمذي ١٥٢٧ والنسائي ٧/ ١٩ والطيالسي ١١٩٧ كلهم من حديث ثابت بن الضحاك مرفوعاً: «من حلف على ملة غير الإسلام كاذباً، فهو كما قال. وليس على ابن آدم نذر فيما لا يملك. ومن قتل نفسه بشيء في الدنيا عُذّب به يوم القيامة، ومن لعن مؤمناً، فهو كقتله، ومن قذف مؤمناً بكفر، فهو كقتله».
هذا لفظ البخاري، واختصره مسلم، ثم ساقه بلفظ آخر. وعجزه عند مسلم: «وليس على رجلٍ نذر في شيء لا يملكه» وورد مختصراً. أخرجه أحمد ٢/ ٢٠٧ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص. و ٤/ ٤٣٤ من حديث عمران.

مملوك له وقت النذر لأن القطن لم يصر مذكوراً. (ومن حلف لا يلبس حلياً فلبس خاتم فضة لم يحنث) لأنه ليس بحليّ عرفاً ولا شرعاً حتى أبيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم (وإن كان من ذهب حنث) لأنه حليّ ولهذا لا يحل

سبب عاديّ لملكه المغزول بقوله (ولهذا يحنث إذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر) بالاتفاق (مع أن القطن غير مذكور) وما ذاك إلا لكون ذكر الغزل ذكر سبب الملك في المغزول، لأن معنى كونه سبباً كونه كلما وقع ثبت الحكم عنه، وكون الغزل في العادة يكون من قطن مملوك له يستلزم كونه كلما وقع ثبت عنده ملك الزوج في المغزول، وبهذا فارق مسئلة التسري حيث لا يحنث فيها بالشراء بعد الحلف لأن الإضافة إلى التسري ليست إضافة إلى سبب الملك لأن الملك لا يثبت عند التسري أثراً له بل هو متقدم عليه، وبهذا بطل قول من رجح قول زفر في مسئلة التسري هذا، والواجب في ديارنا أن يفتي بقولهما لأن المرأة لا تغزل إلا من كتان نفسها أو قطنها فليس الغزل سبباً لملكه للمغزول عادة فلا يستقيم جواب أبي حنيفة رحمه الله فيه.

[وهذه فروع تتعلق باللبس] حلف لا يلبس من غزلها فلبس فلما بلغ الذيل السرة تذكر فلم يدخل يديه في الكمين ورجلاه بعد في اللحاف حنث. حلف لا يلبس ثوباً لا يحنث بلبس القلنسوة والعمامة، ولو حلف لا يلبس ولم يقل ثوباً حنث والسراويل ثوب يحنث به، ولو قال هذا الثوب فاتخذ منه قلنسوة حنث. ولو اتزر أو ارتدى حنث سواء القميص وغيره، بخلاف لا ألبس قميصاً لا يحنث إذا اتزر به أو ارتدى فينعقد على اللبس المعتاد، وكذا إذا حلف لا يلبس سراويل فاتزر به أو تعمم لا يحنث، ولو قال هذا السراويل فاتزر به أو تعمم حنث، ولو وضعه على عاتقه يريد حمله يحنث. ولو حلف لا يلبس القباء أو قباء ولم يعين فوضعه على كتفه ولم يدخل يديه لا يحنث، وفي هذا القباء يحنث لأن في المنكر يعتبر اللبس المعتاد، وفي المعين الوصف لغو فلا يعتبر اللبس المعتاد بل مطلق اللبس. وقال الصدر الشهيد: واختار الإمام الوالد الحنث في المنكر أيضاً لأنه يلبس أيضاً كذلك. ولو وضع القباء على اللحاف ونام تحته قيل لا يحنث، وقيل بل يحنث، لأنه لو جعل القباء فوق الدثار حالة النوم يحنث، والمراد بالدثار ما يلبس فوق القميص وهو الشعار، ومنه قوله ﷺ «الأنصار شعار والناس دثار»[(١)] وفي ثوب فلان فوضع قباءه على كتفيه يحنث لا محالة لأنه لابس لكن لبس الرداء بخلاف ما إذا ذكر لفظ القباء ولو حلف لا يلبس هذا الثوب فألقى عليه وهو نائم المختار لا يحنث لأنه ملبس لا لابس، فهو كما تقدم إذا حلف لا يدخل فحمل وأدخل، فلو انتبه فألقاه كما انتبه لا يحنث، وإن ترك يحنث علم أن الثوب المحلوف عليه أولاً، وكذا لو ألقى عليه وهو منتبه. ولو حلف لا يلبس سراويل أو خفاً فأدخل إحدى رجليه لا يحنث ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة لا يحنث بالزيق والزرّ والعروة، ولو لبس من غزلها وغزل غيرها حنث. أما لو قال ثوباً من غزلها لا يحنث، ولو كان فيه رقعة من غزل غيرها حنث، وكذا إن كان فيه وصلة في

الزوج (سبب لملك الزوج لما غزلته) يعني من ملك الزوج وقوله: (ولهذا) إيضاح لقوله وذلك سبب لملكه: يعني أنها إذا غزلت من قطن مملوك للزوج وقت الحلف كان ذلك سبباً لأن يملك الزوج غزلها مع أن القطن ليس بمذكور هناك، وما ذاك إلا باعتبار أن غزل المرأة سبب لملك الزوج لما غزلته في العرف، والعرف لا يفرق بين أن يكون القطن مملوكاً وقت الحلف أو لم يكن. وقوله: (ومن حلف لا يلبس حلياً) بفتح الحاء وسكون اللام وهو ما يتحلى به النساء من ذهب أو فضة أو جوهر. واستدل بإباحة

---

(١) صحيح. أخرجه أحمد ٣/ ٦٧. ٧٦ وأبو يعلى ١٠٩٢ كلاهما من حديث أبي سعيد، وإسناده صحيح فيه ابن إسحق مدلس لكن صرح بالتحديث في رواية أحمد.

وأخرجه البخاري ٤٣٣٠ ومسلم ١٠٦١ كلاهما من حديث عبد الله بن زيد بن عاصم في خبر تقسيم غنائم حُنين. وآخره: «ألا ترضون أن يذهب الناس بالشاة والبعير، وتذهبون بالنبي ﷺ إلى رحالكم. لولا الهجرة لكنت امرءاً من الأنصار، ولو سلك الناس وادياً وشعباً لسلكت وادي الأنصار وشِعبها. الأنصار شعار والناس دثار. إنكم ستلقون بعدي أثرة، فاصبروا حتى تلقوني على الحوض».

هذا لفظ البخاري وكذا مسلم.

قال ابن حجر في الفتح ٨/ ٥٢: الشعار الثوب الذي يلي الجلد من الجسد، والدثار بكسر الدال يلبس فوق الشعار، وهذه استعارة لطيفة لفرط قربهم منه اهـ.

استعماله للرجال. (ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لم يحنث عند أبي حنيفة، وقالا يحنث) لأنه حليّ حقيقة حتى سمي به في القرآن. وله أنه لا يتحلى به عرفاً إلا مرصعاً، ومبني الأيمان على العرف. وقيل هذا اختلاف عصر وزمان، ويفتي

كمه أو دخريصة أو علم من غزل غيرها، ولو حلف لا يلبس من غزلها فلبس ما خيط منه أو ما فيه سلكة منه لا يحنث، ولو لبس تكة من غزلها يحنث عند أبي يوسف، وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى. حلف لا يلبس ثوبا من نسج فلان فلبس ثوباً نسجه غلمانه وفلان هو المتقبل عليهم، فإن كان يعمل بيده لا يحنث وإلا حنث. لا يلبس حريراً أو إبريسماً لا يحنث إلا بثوب كله أو لحمته منه لا ما سداه أو علمه منه إلا أن ينويه. لا يلبس هذا القطن ولا نية له انصرف إلى الثوب المتخذ منه، فلو حشا به ثوباً وهو المضرّب لا يحنث، وكذا لا يلبس من غزل فلانة ولا نية له هو على الثوب، وإن نوى عين الغزل لا يحنث بلبس الثوب لأنه يلبس الثوب لا الغزل ولا يلبس عين الغزل. لا يلبس من ثياب فلان وفلان يبيع الثياب فاشترى منه ولبس يحنث. لا يلبس كتاناً فلبس ثوباً فيه كتان وغيره حنث. لا يكسو فلاناً فكساه. قلنسوة أو خفين أو جوربين أو أرسل إليه ثوباً فلبسه حنث إلا أن نوى كسوته بيده، ولو أعطاه دراهم فاشترى بها ثوباً فلبسه لا يحنث قوله: (ومن حلف لا يلبس حلياً فلبس خاتم فضة لم يحنث) عندنا وعند الأئمة الثلاثة يحنث (لنا أنه ليس بحليّ عرفاً ولا شرعاً) بدليل أنه أبيح للرجال مع منعهم من التحلي بالذهب والفضة، وإنما أبيح لهم لقصد التختم لا للزينة فلم يكن حلياً كاملاً في حقهم وإن كانت الزينة لازم وجوده لكنها لم تقصد به فكان عدماً خصوصاً في العرف الذي هو مبنى الأيمان. قال المشايخ: هذا إذا لم يكن مصوّغاً على هيئة خاتم النساء بأن كان له فص، فإن كان حنث لأنه لبس النساء، وإنما يراد به الزينة لا التختم فكمل معنى التحلي به وصار كلبسه سواراً أو خلخالاً أو قلادة أو قرطاً أو دملوجاً حيث يحنث بذلك كله ولو من الفضة. وقيل لا يحنث بخاتم الفضة مطلقاً، وإن كان مما يلبسه النساء وليس ببعيد، لأن العرف في خاتم الفضة ينفي كونه حلياً وإن كان زينة (ولو كان) الخاتم (من ذهب حنث) مطلقاً بفص وبلا فص اتفاقاً قوله: (ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند أبي حنيفة، وقالا يحنث) وعلى هذا الخلاف عقد زبرجد أو زمرد أو ياقوت، وبقولهما قالت الأئمة الثلاثة. وجه قولهما أنه حلي حقيقة فإنه يتزيّن به وسمى به في القرآن قال تعالى ﴿وتستخرجوا منه حلية تلبسونها﴾ [النحل ١٤] والمستخرج من البحر هو اللؤلؤ والمرجان (وله أن لا يتحلى به) في العادة وهو المراد بقوله: (عرفا إلا مرصعاً) بذهب أو فضة (ومبني الأيمان على العرف) لا على استعمال القرآن فينصرف إلى المرصع فلا يحنث بغيره. قال بعض المشايخ: قياس قوله إنه لا بأس أن يلبس الغلمان والرجال اللؤلؤ وقيل: (هذا اختلاف عصر وزمان) في زمانه كان لا يتحلى به إلا مرصعاً، وفي عرفهما تحلوا بالساذج (ويفتي بقولهما) لأن العرف القائم أنه يتحلى به ساذجاً كما يتحلى به مرصعاً قوله: (ومن حلف لا ينام على فراش) أي فراش معين، فإنه قال في غير هذا الكتاب على هذا الفراش، وبدليل قوله وإن جعل فوقه فراشاً آخر فنام عليه لا يحنث، ولو كان نكرة بأن حلف لا ينام على فراش حنث بوضع الفراش لأنه نام على فراش نكرة، ثم إذا نام عليه (وفوقه قرام حنث) لأن القرام تبع للفراش لأنه ساتر رقيق يجعل فوقه كالتي تسمى في عرفنا الملى: أي الملاءة المجعولة فوق الطرّاحة، وإذا كان تبعاً له لم يعتبر وصار كأنه نام على نفس الفراش، بخلاف ما إذا جعل فوقه فراشاً آخر فإنه لا يحنث إذا نام على الأعلى لأنه

استعماله للرجال على أن الخاتم من فضة ليس بحليّ، لأنه لو كان حلياً لحرم على الرجال لأن التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال، ولما جاز التختم بالفضة لهم لقصد الختم أو لغيره لم يكن حلياً أو كان ناقصاً في كونه حلياً فكان مباحاً (وإن كان من ذهب حنث) يعني كيفما كان سواء كان فيه فص أو لم يكن. قيل الخواتيم ثلاثة، الذهب مطلقاً، والفضة المفصوصة والحالف أن لا يلبس حلياً يحنث بلبسهما، والفضة الغير المفصوصة والحالف لا يحنث بلبسه. قوله: (ولو لبس عقد لؤلؤ) ظاهر، والعقد بالكسر هو القلادة، والترصيع التركيب، يقال تاج مرصع بالجواهر. وقوله: (حتى سمي به في القرآن) أي بالحليّ يريد به قوله تعالى ﴿وتستخرجوا منه حلية تلبسونها﴾ وقوله تعالى ﴿يحلّون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤاً﴾ جعل اللؤلؤ حلياً بجعله تفسيراً

بقولهما لأن التحلي به على الانفراد معتاد (ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث) لأنه تبع للفراش فيعدّ نائماً عليه (وإن جعل فوقه فراشاً آخر فنام عليه لا يحنث) لأن مثل الشيء لا يكون تبعاً له فقطع النسبة عن الأول (ولو حلف لا يجلس على الأرض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث) لأنه لا يسمى جالساً على الأرض، بخلاف ما إذا حال بينه وبين الأرض لباسه لأنه تبع له فلا يعتبر حائلاً (وإن حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير حنث) لأنه يعد جالساً عليه، والجلوس على السرير في العادة كذلك، بخلاف ما إذا جعل فوقه سرير آخر لأنه مثل الأول فقطع النسبة عنه.

مثله، والشيء لا كون تبعاً لمثله فتقطع النسبة إلى الأسفل. وروي عن أبي يوسف رواية غير ظاهرة عنه أنه يحنث لأنه يسمى نائماً على فراشين فلم تنقطع النسبة ولم يصرح أحدهما تبعاً للآخر. وحاصله أن كون الشيء ليس تبعاً لمثله مسلم ولا يضرنا نفيه في الفراشين بل كل أصل بنفسه ويتحقق الحنث بتعارف قولنا نام على فراشين وإن كان لم يماسه إلا الأعلى قوله: (ولو حلف لا يجلس على الأرض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث لأنه لا يسمى جالساً على الأرض) عرفاً فاعتبر العرف كلاً من الأرض والبساط والحصير أصلاً، ولهذا يقال أجلس على البساط لا تجلس على الحصير، وتارة أجلس على الحصير لا تجلس على الأرض فجعل الجالس على أحدهما غير جالس على الأرض، بخلاف ما لو جلس على ذيوله حيث يعدّ جالساً على الأرض، ويقال جلس فلان على الأرض فيحنث، وسرّه أنه حيث كان اللباس تبعاً له كان بمنزلة نفسه فلا يعتبر حائلاً بل كأنه جلس بنفسه على الأرض. نعم لو خلع ثوبه فبسطه وجلس عليه لا يحنث لارتفاع التبعية (ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير) أو فراش (حنث لأنه يعد جالساً عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك) أي على ما يفرش عليه، يقال جلس الأمير على السرير، ولا شك أن فوقه من أنواع الفرش (بخلاف ما إذا جعل فوقه سريراً آخر، لأنه) أي الآخر الأعلى (مثل الأول) الأسفل فلم يجعل تابعاً له في العرف وهذا بالاتفاق، وفرق أبو يوسف على تلك الرواية عنه في الفراش بالعرف، فإنه يقال نام على فراشين ولا يقال جلس على سريرين وإن كان أحدهما فوق الآخر، بل يقال جلس على سرير فوق سرير، وهكذا الحكم في هذا الدكان وهذا السطح إذا حلف لا يجلس على أحدهما فبسط عليه وجلس حنث. ولو بنى دكاناً فوق الدكان أو سطحاً على السطح إذا حلف لا يجلس على أحدهما انقطعت النسبة عن الأسفل فلا يحنث بالجلوس على الأعلى، ولذا كرهت الصلاة على سطح الكنيف والإسطبل. ولو بنى على ذلك سطحاً آخر فصلى عليه لا يكره، قاله الشيخ أبو المعين في شرح الجامع. وفي كافي الحاكم: حلف لا يمشي على الأرض فمشى عليها بنعل أو خف حنث، وإن كان على بساط لم يحنث، وإن مشى على أحجار حنث لأنها من الأرض.

لقوله تعالى «يحلّون» وقوله: (ومن حلف لا ينام على فراش) يريد على فراش بعينه بدليل قوله وإن جعل فوقه فراشاً آخر فنام عليه لا يحنث، فإنه لو كان على حقيقته منكراً لحنث في هذه الصورة أيضاً لأنه نام على فراش. وقوله: (لأنه تبع له فلا يعتبر حائلاً) يشير إلى أنه لو نزع ثوبه وطرحه على الأرض وجلس عليه لم يحنث لأنه حينئذ لم يبق ثوبه تبعاً له فصار بمنزلة البساط والحصير. وقوله: (ولو حلف لا يجلس على سرير) ظاهر مما تقدم.

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

(ومن قال لآخر إن ضربتك فعبدي حرّ فمات فضربه فهو على الحياة) لأن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن، والإيلام لا يتحقق في الميت، ومن يعذب في القبر توضع فيه الحياة في قول العامة وكذلك الكسوة لأنه يراد به التمليك

باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك من الغسل والكسوة

قوله: (ومن قال إن ضربتك فعبدي حر فهو على الحياة) حتى إذا مات فضربه لا يحنث (لأن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن) أو استعمال آلة التأديب في محل قابل للتأديب (والإيلام) والأدب (لا يتحقق في الميت) لأنه لا يحس ولذا كان الحق أن الميت المعذب في قبره توضع فيه الحياة بقدر ما حس بالألم. والبنية ليست بشرط عند أهل السنة حتى لو كان متفرق الأجزاء بحيث لا تتميز الأجزاء بل هي مختلطة بالتراب فعذب جعلت الحياة في تلك الأجزاء التي لا يأخذها البصر، وإن الله على ذلك لقدير. والخلاف فيه إن كان بناء على إنكار عذاب القبر أمكن، وإلا فلا يتصور من عاقل القول بالعذاب مع عدم الإحساس. وقد أورد على أخذ الإيلام في تعريف الضرب قوله تعالى ﴿وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث﴾ [ص ٤٤] فقد برّ بضرب الضغث وهي حزمة من ريحان ونحوه ولا إيلام فيه. وأجيب أوّلاً بمنع عدم الألم في ضرب أيوب عليه السلام بالكلية. وقد روي عن ابن عباس أنه قبضة من الشجر، وإن سلم فمخصوص بأيوب. ودفع بأنه تمسك به في كتاب الحيل في جواز الحيلة فلم يعتبره. وفي الكشاف: هذه الرخصة باقية. والحق أن البرّ بضرب بضغث بلا ألم أصلاً خصوصية رحمة لزوجة أيوب عليه السلام، ولا ينافي ذلك بقاء شرعية الحيلة في الجملة حتى قلنا إذا حلف ليضربنه مائة سوط فجمع مائة سوط وضربه بها مرّة لا يحنث لكن بشرط أن يصيب

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

يريد بالغير الغسل والكسوة، وقد تقدم ذكر وجه المناسبة في الباب المتقدم (ومن قال لآخر إن ضربتك فعبدي حرّ فمات فضربه فهو على الحياة لأن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن) وهو لا يتحقق في الميت لانتفاء الإيلام فيه، ونوقض بقوله تعالى ﴿وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث﴾ فقد برّ أيوب عليه السلام في يمينه بالضرب بهذا الذي ذكر، ولم يوجد الإيلام لما أن الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من ريحان أو حشيش فلم يكن لمجموعه إيلام فكيف لأجزائه. وأجيب بأنه جاز أن يكون هذا حكماً ثابتاً بالنص في حق أيوب عليه الصلاة والسلام خاصة إكراماً له في حق امرأته تخفيفاً عليها لعدم جنايتها على خلاف القياس فلا يلحق به غيره، هذا إذا لم يكن لأجزاء الضغث إيلام على ما ذكر من تفسير الضغث. وروي عن ابن عباس أن الضغث عبارة عن القبضة من الشجر، فجاز أن يصيبها ألم أجزائها فكان حكمه باقياً في شريعتنا أيضاً، وتمام الكلام فيه في الكشاف. وذكر في شرح الطحاوي: ومن حلف ليضربنّ فلاناً مائة سوط فضربه بها ضربة واحدة إن، وصل إليه كل سوط بحياله برّ في يمينه، والإيلام شرط فيه لأن المقصود من الضرب الإيلام. وقوله: (ومن يعذب في القبر) جواب عما يقال قولكم الإيلام لا يتحقق في الميت يشكل بعذاب الميت في القبر، وقيد بقول العامة احترازاً عن قول أبي الحسين الصالحي. فإن الميت عنده يعذب

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

قوله: (فقد بر أيوب إلخ) أقول: وذلك أن تقرر السؤال بأن الضرب استعمل في الآية المجيدة فيما لا إيلام فيه، فعلم أن الضرب ليس اسماً لما ذكرتم فحينئذ لا يكون للجواب مساس بالسؤال. بل الجواب أن يقال: ليس مبنى الأيمان على ألفاظ القرآن بل على العرف كما سبق غير مرة قوله: (وأجيب أنه جاز إلخ) أقول: أنت خبير بأن الجواب عن المناقضة بالجواز خارج عن الآداب، إلا أن يجعل ما ذكر معارضة فالتعبير عنه بالمناقضة تسامح.

عند الإطلاق. ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق إلا أن ينوي به الستر، وقيل بالفارسية ينصرف إلى

بدنه كل سوط منها، وذلك إما أن يكون بأطرافها قائمة أو بأعراضها مبسوطة، والإيلام شرط فيه، أما عدمه بالكلية فلا. ولو ضربه بسوط واحد له شعبتان خمسين مرة يبرّ، ولو ضربه مائة سوط وخفف بحيث لم يتألم به لا يبر لأن ضرب صورة لا معنى. ولا بد من معناه، فلا يبرّ إلا بأن يتألم، حتى إن من المشايخ من شرط فيما إذا جمع بين رؤوس الأعواد وضرب بها كون كل عود بحال لو ضرب منفرداً به لأوجع المضروب، وبعضهم قالوا بالحنث على كل حال، والفتوى على قول عامة المشايخ وهو أنه لا بد من الألم.

[فروع] قال لأضربنك حتى أقتلك هو الضرب الشديد، ومثله حتى أتركك لا حيّ ولا ميت، وحتى تستغيث فهو على وجود ذلك، وكذا حتى تبول أو حتى تبرك[1]. وعندي أيضاً على الضرب الشديد لأضربنك بالسيف حتى تموت، ولأضربن ولدك على الأرض حتى ينشق نصفين، فهو على أن يضرب به الأرض ويركله[2] فقط، وخلاف هذا ليس بصحيح. حلف ليضربنه بالسيف حنث بضربه بغلافه وهو فيه، وكذا بالسوط فلفه بخرقة وضربه حنث. حلف ليضربنه بنصل هذا السكين أو بزج هذا الرمح فنزعه وركب غيره وضربه به لا يحنث. ولو قال إن لقيتك فلم أضربك فعبدي حرّ فرآه على سطح أو من بعيد بحيث لا تصل إليه يده ولا يقدر على ضربه لا يحنث، قال محمد: إذا كان بينه وبين فلان قدر ميل أو أكثر فلم يلقه. حلف لا يضرب امرأته فضرب أمته: يعني فأصاب ضربه المرأة بغير قصد حنث. حلف لا أعذبه فحبسه لا يحنث لأن الحبس تعذيب قاصر فلا يدخل تحت المطلق قوله: (وكذا الكسوة) إذا حلف ليكسونه فألقى عليه ثوباً بعد موته يحنث وتقتصر الكسوة على الحياة لاعتبار التمليك في مفهومها، ولذا لو قال كسوتك هذا الثوب كان هبة، وقد جعلها الله سبحانه إحدى خصال الكفارة، والمعتبر فيها فيما سوى الإطعام التمليك، والميت ليس أهلاً للتملك ليصح التمليك. قال الفقيه أبو الليث: لو كانت يمينه بالفارسية ينبغي أن يحنث لأن هذا اللفظ بالفارسية يراد به اللبس دون التمليك قوله: (إلا أن ينوي به الستر) استثناء من قوله فهو على الحياة الذي تضمنه التشبيه في قوله وكذلك الكسوة فيحنئذ يحنث لأن السترة تتحقق في حق الميت كما في الحي فتنعقد يمينه على حالتي الموت والحياة، وذكر ضمير به وهو الكسوة على تأويل قوله كسوتك، وقيل على تأويل الإكساء ولا وجود له في اللغة قوله: (وكذا الكلام) يعني إذا حلف لا يكلمه اقتصر على الحياة، فلو كلمه بعد موته لا يحنث لأن المقصود منه الإفهام والموت ينافيه لأنه لا يسمع فلا يفهم. وأورد «أنه ﷺ قال لأهل القليب قليب بدر: هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً؟ فقال عمر رضي الله عنه:

من غير حياة ولا يشترط الحياة لتعذيب الميت. وقوله: (وكذلك الكسوة) يعني إن قال إن كسوتك فعبدي حرّ فكساه بعد الموت لا يحنث. وقوله: (لأنه يراد به) أي بالكسوة على تأويل الإكساء (التمليك عند الإطلاق، ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق إلا أن ينوي به) أي بالكسوة (الستر) فحينئذ يحنث لأن فيه تشديداً عليه. وقوله: (وقيل بالفارسية ينصرف إلى اللبس) دون التمليك وهو قول الفقيه أبي الليث، ومعناه أنه يحنث لأنه إذا حلف لا يلبس فلاناً فألبسه وهو ميت حنث لأن الإلباس عبارة عن الستر والتغطية والميت محل لذلك. وقوله: (وكذا الكلام والدخول) يعني إذا حلف لا يكلم فلاناً أو حلف لا يدخل على فلان

قال المصنف: (وهو من الميت لا يتحقق) أقول: قال في الكافي لأن الموت ينافي بقاء الملك فلأن ينافي ابتداءه أولى اهـ. وفيه بحث، فإنهم صرحوا بأن الميت أهل لملك المال، ولهذا لو نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته ملكه فليتأمل.

---

(١) (تبرك) هكذا في الأصل، ولعلها محرفة على تبرد بالدال بمعنى تموت. كتبه مصححه.

(٢) (ويركله) هكذا في بعض النسخ براء مهملة قبل الكاف: أي يضربه برجل واحدة. وفي بعض النسخ (يوكله) بالواو وهو تحريف، فليحذر.

اللبس (**وكذا الكلام والدخول**) لأن المقصود من الكلام الإفهام والموت ينافيه، والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو (**ولو قال إن غسلتك فعبدي حرّ فغسله بعد ما مات يحنث**) لأن الغسل هو الإسالة ومعناه التطهير

أتكلم الموتى؛(١) يا رسول الله؟ فقال رسول الله ﷺ: والذي نفسي بيده ما أنتم بأسمع لما أقول من هؤلاء أو منهم»(٢) وأجيب بأنه غير ثابت: يعني من جهة المعنى وإلا فهو في الصحيح، وذلك بسبب أن عائشة رضي الله عنها ردته(٣) بقوله تعالى ﴿**وما أنت بمسمع من في القبور**﴾ [فاطر ٢٢] ﴿**إنك لا تسمع الموتى**﴾ [الروم ٥٢] وبأنه إنما قاله له على وجه الموعظة للأحياء لا لإفهام الموتى، كما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «السلام عليكم دار قوم مؤمنين، أما نساؤكم فنكحت، وأما أموالكم فقسمت، وأما دوركم فقد سكنت، فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم» وبأنه مخصوص بأولئك تضعيفاً للحسرة عليهم، لكن بقي أنه روي عنه ﷺ «إن الميت ليسمع خفق نعالهم إذا انصرفوا»(٤) ولينظر في كتاب الجنائز من هذا الشرح قوله: (والدخول) يعني إذا حلف لا يدخل على فلان تقيد بالحياة، فلو دخل عليه ميتاً لا يحنث، لأن المراد من الدخول عليه زيارته أو خدمته حتى لا يقال دخل على حائط ولا على دابة، والزيارة للميت ليست حقيقة بل إنما المزور قبره، ولهذا قال رسول الله ﷺ «كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها»(٥) ولم

فكلمه أو دخل عليه بعد ما مات لا يحنث في يمينه (**لأن المقصود من الكلام الإفهام والموت ينافيه، والمراد بالدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو**) فإن قيل: قد روي «أنّ رسول الله ﷺ كلم أصحاب القليب حيث سماهم بأسمائهم فقال: هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً فقد وجدت ما وعدني ربي حقاً؟» أجيب بأن ذلك كان معجزة له ﷺ. وقوله: (**ويتحقق ذلك**) يعني التطهير (في

---

(١) كذا في بعض النسخ. وفي بعضها: ما تكلم من أجساد لا أرواح لها وكلاهما صحيح، والمدار على ثبوت الرواية، كتبه مصححه.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣٩٧٦ من حديث أنس عن أبي طلحة: «أن نبيّ الله ﷺ أمر يوم بدر بأربعة وعشرين رجلاً من صناديد قريش أن يدفنوا» وفيه: «فجعل يناديهم بأسمائهم وأسماء آبائهم: يا فلان ابن فلان ويا فلان ابن فلان أيسرّكم أنكم أطعتم الله ورسوله؟ فإنا قد وجدنا ما وعدنا ربُّنا حقاً، فهل وجدتم ما وعد ربكم حقاً؟! فقال عمر: يا رسول الله ما تُكلمُ من أجسادٍ لا أرواح لها، فقال رسول الله ﷺ: والذي نفس محمد بيده ما أنتم بأسمع لما أقول منهم».
قال قتادة: أحياهم الله حتى أسمعهم قوله توبيخاً، وتصغيراً، ونقيمة، وحسرة، وندماً.
هذا لفظ البخاري.
وهو عند ابن هشام في السيرة ٢/ ٢٠٧ وفيه تغير يسير.

(٣) صحيح. يشير المصنف لما أخرجه البخاري ٣٩٨٠ و ٣٩٨١ من حديث ابن عمر قال: «وقف النبي ﷺ على قَليب بدرٍ، فقال: هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً؟ ثم قال: إنهم الآن يسمعون ما أقول»
«فذُكِرَ ذلك لعائشة فقالت: آنما قال النبي ﷺ إنهم الآن لَيَعْلَمون أن الذي كنت أقول لهم هو الحق، ثم قرأت (إنك لا تُسمعُ الموتى) حتى قرأت الآية».
هذا لفظ البخاري.
قلت: وما ذهب إليه المصنف فهو بعيد ولفظ: ليعلمون. لا ينفي السمع بل إن السمع أحد أسباب العلم وأما قول المصنف: قاله على وجه الموعظة للأحياء فمردود بجوابه ﷺ لعمر، وقد أقسم على ذلك حيث قال: والذي نفسي بيده ما أنتم بأسمع لما أقول منهم.
ثم ما استدل به المصنف هو اجتهاد من عائشة، وهي لم تحضر الحادثة، والذي حضرها هو أبو طلة، ورواه عنه صحابي جليل وهو أنس بن مالك، وأكد ذلك برواية ابن عمر، وبالحديث الآتي، وهناك أحاديث أخرى في الباب.

(٤) صحيح. هو بعض حديث أخرجه البخاري ١٣٣٨ و ١٣٨٤ ومسلم ٢٨٧٠ ح ٧٠ . ٧١ . ٧٢ وأبو داود ٣٢٣١ والنسائي ٤/ ٩٧ . ٩٨ وأحمد ٣/ ١٢٦ . ٢٣٣ وفي كتاب السنة ١٣٥٥ و ١٣٥٦ والبيهقي في سننه ٤/ ٨٠ وابن حبان ٣١٢٠ والبغوي ١٥٢٢ من طرق كثيرة كلهم من حديث أنس مطولاً في صفة عذاب القبر. وله شاهد.
أخرجه ابن حبان ٣١١٣ وعبد الرزاق ٦٧٠٣ وابن أبي شيبة ٣/ ٣٨٣ . ٣٨٤ والحاكم ١/ ٣٧٩ . ٣٨٠ . ٣٨١ والبيهقي في الاعتقاد من ٢٢٠ . ٢٢٢ كلهم من حديث أبي هريرة وصححه الحاكم ووافقه الذهبي وذكره الهيثمي في المجمع ٣/ ٥١ . ٥٢ وقال: رواه الطبراني في الأوسط، وإسناده حسن.

(٥) تقدم في كتاب الجنائز باب زيارة القبور، وهو في صحيح مسلم وغيره.

ويتحقق ذلك في الميت (ومن حلف لا يضرب امرأته فمدّ شعرها أو خنقها أو عضها حنث) لأنه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الإيلام، وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لأنه يسمى ممازحة لا ضرباً (ومن قال إن لم أقتل فلاناً فامرأته طالق

يقل عن زيارة الموتى قوله: (ولو قال إن غسلتك فعبدي حرّ انعقد على الحياة والموت لأن الغسل الإسالة) والمعنى المراد به التطهير أو إزالة الوسخ والكل يتحقق في حالة الموت كالحياة. وفي شرح الطحاوي في الأصل أن كل فعل يلذ ويؤلم ويغم ويسرّ يقع على الحياة دون الممات كالضرب والشتم والجماع والكسوة والدخول عليه اهـ. ومثله التقبيل إذا حلف لا يقبلها فقبلها بعد الموت لا يحنث. وتقبيله ﷺ عثمان بن مظعون بعد ما أدرج في الكفن[1] محمول على ضرب من الشفقة أو التعظيم. وقيل إن عقد على تقبيل ملتح يحنث أو على امرأة لا يحنث وهو على الوجه. ولو حلف لا يغسل فلاناً أو لا يحمله أو لا يمسه أو لا يلبسه فهو على الحياة والموت قوله: (ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث) وكذا لو وجأها أو قرصها، وعن بعض المشايخ ينبغي أن لا يحنث بذلك، لأنه لا يتعارف ضرباً. وأجيب بما علل به في الكتاب وهو أن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل به وهذه الأشياء كذلك. وفي المنتقى: حلف لا يضرب فلاناً فنفض ثوبه فأصاب وجهه أو رماه بحجر أو نشابة فأصابه لا يحنث. واستشكل يمين الضرب بأنها إن تعلقت بصورة الضرب عرفاً فهو إيقاع آلة التأديب في محل قابل له فيجب أن لا يحنث بالخنق ومدّ الشعر والعض لأنه لا يتعارف ضرباً أو بمعناه وهو الإيلام فيجب أن يحنث بالرمي بالحجر أو بهما فيحنث بالضرب مع الإيلام ممازحة لكنه لا يحنث وهو إشكال وارد. وما أجيب به من أن شرط الحنث حصول المحلوف عليه وهو الضرب لفظاً أو عرفاً. مثاله حلف لا يبيع كذا بعشرة فباعه بتسعة لا يحنث لأنه وإن وجد شرط الحنث عرفاً لكن لم يوجد شرط الحنث لفظاً، لأن مقصوده أن لا يبيع بعشرة أو بأقل بل بأكثر. ولو باعه بأكثر لا يحنث أيضاً لأنه وإن وجد شرط الحنث

البيت) ألا ترى أن من صلى وهو يحمل ميتاً مسلماً لم يغسل لا تجوز وإن كان مغسولاً جازت (ومن حلف لا يضرب امرأته فمدّ شعرها أو خنقها أو عضها حنث لأنه اسم لفعل مؤلم) يتصل بالبدن (وقد تحقق الإيلام) من هذه الأفعال (وقيل لا يحنث في حال الملاعبة) وإن أوجعها وآلمها لأنه يسمى في العرف ممازحة لا ضرباً، وهو منقول عن الإمام فخر الإسلام. وقوله: (ومن قال إن لم أقتل فلاناً) ظاهر. وقوله: (هو الصحيح) احتراز كما ذكر في شرح الطحاوي فقال فيه: ولو كان يعلم أن الكوز لا ماء فيه فحلف وقال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق حنث بالاتفاق. وروي عن أبي حنيفة في رواية أخرى أنه لا يحنث علم أو لم يعلم، وهو قول زفر وهو الصحيح، لأنه عقد اليمين على شرب الماء الموجود في الكوز، والله تعالى أعلم، وإن أحدث في الكوز ماء فليس هو الماء الذي كان موجوداً في الكوز وقت اليمين لأن الماء الذي أضيف إليه الشرب لا يحتمل الوجود

قوله: (أجيب بأن ذلك كان معجزة له عليه الصلاة والسلام) أقول: وأجاب العلامة النسفي في الكافي بأنه غير ثابت، فإنه لما بلغ هذا الحديث عائشة رضي الله عنها قالت: كذبتم على رسول الله ﷺ، قال الله تعالى ﴿إنك لا تسمع الموتى﴾ ﴿وما أنت بمسمع من في القبور﴾ ثم قال على أنه كان مخصوصاً به اهـ. قال الزيلعي: ويجوز أن يكون ذلك لوعظ الأحياء، ونظيره ما روي عن علي كرم الله وجهه قال «كان رسول الله ﷺ إذا أتى المقابل قال: السلام عليكم دار قوم مؤمنين، أما نساؤكم فقد نكحت، وأموالكم فقد قسمت، ودوركم قد سكنت، فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم» وكان يقول: سل الأرض من شق أنهارك وغرس أشجارك وجنى ثمارك، فإن لم تجبك جواباً أجابتك اعتباراً. وكان ذلك على سبيل الوعظ للأحياء لا على سبيل الخطاب للموتى والجمادات اهـ. وفيه بحث لأنه يرده تتمة القصة لو صحت.

---

(١) حسن. أخرجه الحاكم ٣/ ١٩٠ من حديث عائشة وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. وسقط هذا الحديث من التلخيص حيث لم يذكره الذهبي.

وجاء في الاستيعاب لابن عبد البر ٣/ ٨٥ وهو بهامش الإصابة. قال ابن عبد البر: وروي من وجوه من حديث عائشة وغيرها «أن رسول الله ﷺ قبّل عثمان بن مظعون بعدما مات» اهـ.

وفلان ميت وهو عالم به حنث) لأنه عقد يمينه على حياة يحدثها الله فيه وهو متصوّر فينعقد ثم يحنث للعجز العادي **(فإن لم يعلم به لا يحنث)** لأنه عقد يمينه على حياة كانت فيه ولا تتصوّر فيصير قياس مسألة الكوز على الاختلاف. **وليس في تلك المسألة تفصيل العلم هو الصحيح.**

لفظاً لأنه لما باعه بأحد عشر فقد باعه بعشرة أيضاً لكنه لم يوجد عرفاً فلا يحنث غير دافع بقليل تأمل. ثم قال فخر الإسلام وغيره: هذا يعني الحنث إذا كان في الغضب، أما إذا فعل في الممازحة فلا يحنث، ولو أدماها لكن لا على قصد الإدماء بل وقع الخطأ في الممازحة باليد. وعن الفقيه أبي الليث أنه قال: هذا إذا كانت بالعربية، أما إذا كانت بالفارسية لا يحنث بمد الشعر والخنق والعض، والحق أن هذا هو الذي يقتضيه النظر في العربية أيضاً إلا أنه خلاف المذهب قوله: **(ومن قال إن لم أقتل فلاناً فامرأته طالق وفلان ميت والحالف عالم بموته حنث)** لأنه لما علم بموته قبل حلفه والقتل إزالة الحياة بسبب عادي مخصوص لزم أنه عقد يمينه على إزالة حياة يحدثها الله تعالى فيه وذلك متصوّر فينعقد بالاتفاق **(ثم يحنث)** في الحال **(للعجز)** الحالي المستمر عادة **(وإن لم يعلم لا يحنث لأنه عقد يمينه)** لا محالة على إزالة الحياة القائمة فيه، ولا يتصور إزالة القائمة ولا حياة قائمة **(فكان قياس مسئلة الكوز على الاختلاف)** السابق بين أبي يوسف وبينهما، فعنده ينعقد ويحنث فعليه الكفارة، وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا كفارة لأنه لا حنث إذ لا انعقاد قوله: **(وليس في تلك المسئلة)** أي مسئلة الكوز **(تفصيل بين العلم وعدمه)** بل الحكم أنه لا يحنث عندهما سواء علم أن فيه ماء وقت الحلف أو لم يعلم قوله: **(هو الصحيح)** احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي حيث قال فيه ولو كان يعلم أن الكوز لا ماء فيه فحلف فقال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز فامرأته طالق فإنه يحنث بالاتفاق. وعن أبي حنيفة رواية أخرى لا يحنث علم أو لم يعلم وهو قول زفر. ووجهه أنه لو كان يعلم أن لا ماء في هذا الكوز فحلف ينبغي أن تنعقد يمينه عندهما على ماء يحدثه الله تعالى في الكوز وهو متصور ثم العجز الحالي المستمر يوجب حنثه، بخلاف ما إذا لم يعلم أن في الكوز ماء لأن يمينه انعقدت على ماء في الكوز، ولو أوجد الله تعالى فيه ماء كان غير المحلوف عليه فلا يتصور شرب المحلوف عليه.

إذ الحادث غيره، بخلاف مسئلة القتل إذا كان يعلم بموت فلان لأنه عقد يمينه على فعل القتل في فلان، فإذا أحياه الله تعالى فهو فلان لقوله تعالى ﴿فأماته الله مائة عام ثم بعثه﴾ وكان ما عقد عليه اليمين متوهماً، والعاديّ منسوب إلى العادة كالإرادي منسوب إلى الإرادة، فإن تاء التأنيث تحذف في النسبة.

باب اليمين في تقاضي الدراهم

(ومن حلف ليقضينّ دينه إلى قريب فهو على ما دون الشهر، وإن قال إلى بعيد فهو أكثر من الشهر) لأن ما دونه يعد قريباً، والشهر ما زاد عليه يعد بعيداً، ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر (ومن حلف ليقضينّ فلاناً دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفاً أو نبهرجة أو مستحقة لم يحنث الحالف) لأن الزيافة عيب والعيب لا يعدم

باب اليمين في تقاضي الدراهم

التقاضي المطالبة وهو سبب للقضاء وهي مسائل الباب فترجم الباب بما هو سبب مسائله وخص الدراهم بالذكر لأنها أكثر دوراً في المعاملات قوله: (ومن حلف ليقضينّ دينه إلى قريب) أو عاجلاً (فهو ما دون الشهر) فإن آخره إلى الشهر حنث (وإن قال إلى بعيد) أو آجلاً (فهو على أكثر من شهر وعلى الشهر أيضاً، ولكنه قصد الطباق) بين قوله ما دون الشهر وما فوقه فلا يحنث إلا بالموت إذا مات لشهر فصاعداً من حين حلف سنة أو أكثر بلا غاية محدودة إلى الموت، فإن مات لأقل منه لا حنث عليه على مقتضى ما ذكروا. وقال الشافعي وأحمد: ليس في يمين القريب والبعيد تقدير لأنه إضافي، فكل مدة قريبة بالنسبة إلى ما بعدها وبعيدة بالنسبة إلى ما دونها، ومدة الدنيا كلها قريبة باعتبار وبعيدة باعتبار آخر، وإنما يحكم بحنثه إذا ملت قبل أن يقضيه. وقلنا: هنا وجهان من الاعتبار اعتبار الإضافة ولا ضبط فيها كما ذكرت، واعتبار العرف وعليه مبنى الأيمان. والعرف يعدّ الشهر بعيداً فإنه يقال ما رأيتك منذ شهر عند استبعاد مدة الغيبة فعند الإطلاق وعدم النية يعتبر ذلك، فأما إذا نوى بقوله إلى قريب وإلى بعيد مدة معينة فهو على ما نوى، حتى لو نوى بقوله إلى قريب أو عاجلاً سنة أو أكثر صحت، وكذا إلى آخر الدنيا لأنها قريبة بالنسبة إلى الآخرة، وتقدمت فروع فيما لو حلف ليقضينه ضحى أو عند الهلال ونحوها قوله: (ومن حلف ليقضينّ فلاناً دينه اليوم فقضاه فيه ثم وجد فلان بعضها) أي بعض الدراهم (زيوفاً) وهي المغشوشة غشاً قليلاً بحيث يتجوّز التجار بها وإنما يردّه بيت المال (أو نبهرجة) وغشها أكثر من الزيوف يردّه من التجار المستقصى ويقبله السهل منهم (أو مستحقة لم يحنث) بذلك سواء رد بدلها في ذلك اليوم أو لا (لأن الزيف عيب) وكذا النبهرجة ولفظ الزيافة المذكور في الكتاب غير عربي بل هو من استعمال الفقهاء (والعيب) في الجنس (لا يعدم الجنس) أي جنس الدراهم (ولهذا) أي ولكون وصف الزيافة لا يعدم اسم الدراهم (ولو تجوّز بها) في الصرف: أي لو جعلت بدلاً في الصرف بالجياد أو جعلت رأس مال السلم صح مع أن الافتراق عن غير

باب اليمين في تقاضي الدراهم

لما كانت الدراهم من الوسائل دون المقاصد في المعاملات وغيرها أخر اليمين التي تتعلق بها وخص الدراهم بالذكر لكونها أكثر استعمالاً، ولقب الباب بالتقاضي والمسائل المذكورة فيه بلفظ القضاء والقبض والعدد لأن التقاضي سبب للقضاء والقبض فلقب بما هو سبب لما هو المذكور فيه، هذا ما قاله الشارحون. وأقول: جميع ما ذكره في الكتاب من المسائل مبناه على التقاضي على ما أصرح بذكره عند رأس كل مسئلة، والأصل في هذا الباب أن الديون تقضى بأمثالها، وأن العيب لا يعدم الجنس، وأن ما دون الشهر قريب وما فوقه بعيد. قال: (ومن حلف ليقضينّ دينه). تقاضى الرجل دينه وألح فحلف غريمه ليقضين دينه (إلى قريب فهو ما دون الشهر، وإن قال إلى بعيد فهو أكثر من الشهر) لما ذكره في الكتاب، وجعل الشهر أيضاً بعيداً لأنه في

باب اليمين في تقاضي الدراهم

قوله: (وأقول جميع ما ذكره في الكتاب من المسائل مبناه على التقاضي) أقول: فلا وجه لقصر سببية التقاضي على القضاء والقبض لكونه مبني للعدد أيضاً على ما ذكره

الجنس، ولهذا لو تجوّز به صار مستوفياً، فوجد شرط البرّ وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البرّ المتحقق **(وإن وجدها رصاصاً أو ستوقة حنث)** لأنهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم **(وإن باعه بها عبداً وقبضه برّ في يمينه)** لأن قضاء الدين طريقه المقاصّة وقد تحققت بمجرد البيع فكأنه شرط القبض ليتقرر به **(وإن**

قبض مفسد لهما، فعرف أنهما لم ينتف عنهما جنس الدراهم فيبرّ في اليمين بهما سواء حلف على القبض أو الدفع (و) كذا قبض الدراهم **(المستحقة صحيح)** ولذا لو أجاز المالك قبضها جاز، وإذا برّ في دفع هذه المسميات الثلاثة، فلو رد الزيوف أو النبهرجة أو استردت المستحقة لا يرتفع البرّ، وإن انتقض القبض فإنما ينتقض في حق حكم يقبل الانتقاض، ومثله لو دفع المكاتب هذه الأنواع وعتق فردّها مولى المكاتب بسبب أنها زيف أو نبهرجة أو مستحقة لا يرتفع العتق **(ولو كانت رصاصاً أو ستوقة حنث)** إذا انقضى اليوم ولم يردّ بدلها دراهم. والستوقة المغشوشة غشاً زائداً وهو تعريب سى توقه: أي ثلاث طبقات طبقتا الوجهين فضة وما بينهما نحاس ونحوه **(لأنها ليست من جنس الدراهم حتى لا يتجوّز بها في الصرف والسلم)** ولا يعتق المكاتب بأدائها، فلو ردّها المولى ظهر عدم عتق العبد قوله: **(وإن باعه)** أي إن باع الحالف المديون ربّ الدين الذي حلف ليقضينّ اليوم دينه في اليوم المحلوف على قضائه فيه **(عبداً وقبضه)** رب الدين **(برّ)** المديون **(في يمينه)** لأن قضاء الدين لو وقع بالدراهم كان بطريق المقاصة، وهو أن يثبت في ذمة القابض وهو الدائن مضموناً عليه لأنه قبضه لنفسه ليتملكه وللدائن مثله على المقبض فيلتقيان قصاصاً، فكذا هنا إذ لا فرق بين الدراهم وغيرها مما يقاصص به فيبرّ في يمينه بإعطاء العبد قصاصاً وهو أن يثبت له في ذمته ثمن العبد وله في ذمته مثلها فيلتقيان قصاصاً، ثم البرّ وقضاء الدين يحصل بمجرد البيع قبض الدائن العبد أو لا، حتى لو هلك المبيع في يد المديون الحالف قبل قبض المشتري المبيع انفسخ البيع وعاد الدين، ولا ينتقض البرّ في اليمين وإنما نص عليه محمد تأكيداً للبيع ليتقرّر الدين على ربّ الدين، لأن الثمن وإن وجب بالبيع لكنه على شرف السقوط لجواز أن يهلك المبيع قبل القبض، ولو كان البيع فاسداً وقبضه، فإن كانت قيمته تفي بالدين برّ وإلا حنث لأنه مضمون بالقيمة، هذا إذا حلف المديون، وكذا إذا حلف ربّ الدين فقال إن لم أقبض مالي عليك اليوم أو إن لم أستوف. قال محمد **(فإن وهبها له لم يبرّ)** يعني إذا وهب ربّ الدين الدراهم الدين في اليوم قبل انقضائه فقبل لم يبرّ المديون لأن شرط البرّ القضاء ولم يوجد **(لعدم المقاصة)** ولأن فعل المديون والهبة فعل الدائن بالإبراء فلا يكون فعل هذا فعل الآخر. قال في الفوائد الظهيرية:

العرف يعدّ بعيداً، وإن زاد في التقاضي **(فحلف ليقضينّ دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفاً أو نبهرجة أو مستحقة برّ في يمينه)** لما ذكره في الكتاب. والزيف ما يردّه بيت المال، والنبهرج ما يردّه التجار، وسيأتي في كتاب البيوع. وقوله: **(فوجد شرط برّه)** يعني قضاء دينه في اليوم **(وقبض المستحقة صحيح)** ألا ترى أنه لو اشترى بها شيئاً فأخذها المستحق بقي البيع صحيحاً، ولو لم يصح قبض المستحقة لبطل البيع لكونه بلا ثمن **(ولا يرتفع برده)** أي بردّ ما قضى من الزيوف أو النبهرجة أو المستحقة **(البر المتحقق)** لأن اليمين لما انحلت بوجود الشرط لم يقبل الفسخ والانتقاض كالكتابة، فإن مولى المكاتب إذا ردّ البدل لكونه زيفاً أو نبهرجة أو استرد بالاستحقاق لا ينتقض العتق، بخلاف قضاء الدين فإنه ينتقض برد المقبوض لعيب أو استحقاق لأن مبناه المقاصة وقد زالت. قوله: **(وإن وجدها رصاصاً)** ظاهر. وقوله: **(لأن قضاء الدين طريقه المقاصة)** بيانه أن ما يقبضه ربّ الدين يصير مضموناً عليه لأنه يقبضه لنفسه على وجد التمليك، ولرب الدين على المديون مثله، أي مثل ما في ذمته فيلتقيان قصاصاً **(وقد تحققت بمجرد البيع)** لأن ثمن العبد آخر الدينين فيكون قضاء عن الأول، وإنما كان طريق قضاء الدين المقاصة لأن قضاء الدين حقيقة لا يتصوّر لأن القضاء يصادف العين وحق صاحب الدين في وصف في الذمة ولهذا قالوا الديون تقضي بأمثالها. وقوله: **(فكأنه شرط القبض)** كأنه إشارة إلى الجواب عما يقال لو تحققت المقاصة بمجرد البيع لما قال محمد في الجامع الصغير

قال المصنف: **(لأن القضاء فعله)** أقول: فيه تأمل، إلا أن يكون بدلاً عن قوله لعدم المقاصة قوله: **(قال بعض الشارحين: ولنا فيه نظر)** أقول: أراد الإتقاني.

وهبها له) يعني الدين **(لم يبر)** لعدم المقاصّة لأن القضاء فعله والهبة إسقاط من صاحب الدين، **(ومن حلف لا يقبض دينه درهماً دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه)** لأن الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق، ألا يرى أنه أضاف القبض إلى دين معرّف مضاف إليه فينصرف إلى كله فلا يحنث إلا به **(فإن قبض دينه في وزنين لم يتشاغل بينهما إلا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق)** لأنه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه **(ومن قال إن كان لي إلا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك إلا خمسين درهماً لم يحنث)** لأن المقصود منه عرفاً نفي ما زاد على المائة ولأن استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها **(وكذلك لو قال غير مائة أو سوى مائة)** لأن كل ذلك أداة الاستثناء.

وإذا لم يبرّ لم يحنث أيضاً عندهما لفوات المحلوف عليه: يعني تعذر المحلوف عليه وهو القضاء قبل انقضاء اليوم. وتقدم في مسئلة الكوز أن بقاء التصوّر شرط لبقاء اليمين في اليمين المؤقتة، وهذه كذلك إذ الكلام هنا في يمين مؤقتة، وإن كان في الجامع الصغير لم يذكر اليوم. واعترض بعضهم عليه بأنه يستلزم ارتفاع النقيضين لأن البرّ نقيض الحنث فلا يرتفعان، وهذا غلط لأن النقيضين اللذين يجب صدق أحدهما دائماً هما في الأمور الحقيقية كوجود زيد وعدمه، أما في الأمور الشرعية إذا تعلق قيام النقيضين بسبب شرعي فإنما يثبت حكمهما ما دام السبب قائماً، وما نحن فيه منه، فإن قيام اليمين سبب لثبوت أحد الأمرين لا محالة من الحنث أو البرّ شرعاً، فإن فرض انتفاؤه انتفى الحنث والبرّ كما هو قبل اليمين حيث لا برّ ولا حنث، فإذا فرض ارتفاعه كان الحال كما هو قبل وجوده، وجميع ما أورد من الاستشهاد مثل قول صاحب الخلاصة لم يحنث في مسئلة الكوز، وقول الكرخي في هذه المسئلة لم يحنث لا فائدة فيه لأن عدم الحنث متفق عليه، وإنما يفيده لو قالوا برّ ولم يحنث، وكيف يتصور البر وهو بفعل المحلوف عليه ولم يفعل. واعلم أن جواب هذه المسئلة: أعني مسئلة الهبة مقيد بكون الحالف على يوم بعينه كما أشرنا إلى ذلك، أما المطلقة بأن حلف ليقضينّ دينه فأبرأه أو وهبه فلا شك أنه يحنث بالاتفاق لأن التصور لا يشترط بقاؤه في اليمين المطلقة بل في الابتداء، وحين حلف كان الدين قائماً فكان تصوّر البر ثابتاً فانعقدت ثم حنث بعد مضي زمن يقدر فيه على القضاء باليأس من البر بالهبة قوله: **(ومن حلف لا يقبض دينه درهماً دون درهم فقبض بعضه لم يحنث)** بمجرد قبض ذلك البعض بل يتوقف حنثه على قبض باقيه، فإذا قبضه حنث

ويقبضه. ووجهه أن اشتراط القبض ليكون هذا الدين مثل الدين الذي للمشتري عليه لأن ماله من الدين عليه متقرر وثمن العبد غير متقرر قبل القبض لأنه على شرف السقوط بموته، فإذا قبضه صار متقرراً فيكون مثله فيتقاصان **(وإن وهبها له)** أي إن وهب الدائن دينه للمديون **(لم يبرّ)** الحالف **(لعدم المقاصة)** لأن المحلوف عليه فعله وهو القضاء **(والهبة)** ليست فعله لأنها **(إسقاط من صاحب الدين)** وإنما قال لم يبرّ لأنه أعم من الحنث، فكأنه أشار بذلك إلى أنه لم يبرّ ولم يحنث عند أبي حنيفة ومحمد لفوات المحلوف عليه وهو الدين، وفوات المحلوف عليه عندهما جهة في بطلان اليمين كما في مسئلة الكوز على ما تقدم. قال بعض الشارحين: ولنا فيه نظر لأنه حينئذ يلزم ارتفاع النقيضين، وهو فاسد بمرّة لأن البرّ نقيض الحنث، فمن وجود أحدهما يلزم ارتفاع الآخر ومن ارتفاع أحدهما يلزم وجود الآخر، فلا يجوز أن يرتفعا جميعاً. وأقول: ليسا بنقيضين على اصطلاح أهل المعقول وغير الحالف لا يتصف بأحدهما وشأن النقيضين ليس كذلك، فإذا بطل اليمين بفوات تصور البرّ صار كغير الحالف من الناس فيجوز أن لا يتصف بواحد منهما. وإذا تقاضى دينه فقال أقضيها منجماً فحلف **(لا يقبض دينه درهماً دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض الجميع)** متفرقاً لأن شرط الحنث أمر مركب من قبض الكل بوصف التفرق لأنه أضاف القبض إلى دين معرف مضاف إليه، وهو اسم لكل ماله عليه **(فينصرف إليه)** ينتفي بانتفاء جزئه. فإذا وجد أحدهما دون الآخر لم يحنث، وههنا إن فات عدم التفرق لم

قوله: **(لأن شرط الحنث أمر مركب من قبض الكل بوصف التفرق)** أقول: فيه بحث، إلا أن يعتبر الجزء الآخر وصف التفرق فالأولى تبديل الباء بالواو قوله: **(إن فات عدم التفرق إلخ)** أقول: الذي هو أحد الجزءين قوله: **(لم يوجد قبض الجميع)** أقول: الذي هو الجزء الآخر قال المصنف: **(ولأن استثناء المائة)** أقول: فيه بحث، إلا أن يكون المراد بالإشارة إلى ما اشتهر عن أهل السنة من أن الجزء لا يغاير الكل فليتأمل.

[مسائل متفرقة] (وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبداً) لأنه نفى الفعل مطلقاً فعم الامتناع ضرورة عموم النفي **(وإن حلف ليفعلنّ كذا ففعله مرة واحدة برّ في يمينه)** لأن الملتزم فعل واحد غير عين. إذ المقام مقام الإثبات فيبر بأي فعل

(لأن الشرط) أي شرط الحنث **(قبض الكل بوصف التفرق لأنه أضاف القبض)** المتفرّق **(إلى كل الدين)** حيث قال: لا أقبض ديني وهو اسم لكله فلا يحنث إلا بتمامه متفرقاً، غير أنه لو كان التفرق في مجلس واحد لتعدد الوزن لا يحنث إذا كان لم يتشاغل بين الوزنتين إلا بعمل الوزن لأن المجلس جامع للمتفرقات فكان الوزنتان كوزنة واحدة، بخلاف ما إذا تشاغل بعمل آخر لأنه به يختلف مجلس القبض على ما عرف، ولأنه قد يتعذر قبضه بوزنة واحدة لكثرته فجعل التفريق الكائن بهذا السبب مستثنى. والمسئلة في الجامع الكبير مؤقتة هكذا إذا كان لرجل على رجل مائة درهم فقال عبدي حرّ إن أخذتها منك اليوم درهماً دون درهم فأخذ منها خمسة ولم يأخذ ما بقي حتى غابت الشمس لم يحنث لأن شرط حنثه أخذ كل المائة على التفريق. ولو قال إن أخذت منها اليوم منك درهمان دون درهم فأخذ خمسة ولم يأخذ ما بقي حتى غابت الشمس حنث، لأن شرط الحنث أخذ بعض المائة متفرقاً لأن كلمة من للتبعيض وقد وجد قوله: **(ومن قال إن كان لي إلا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك إلا خمسين لم يحنث لأن المقصود منه عرفاً نفي ما زاد على المائة)** فيصدق على الخمسين، إذ يصدق أن الخمسين ليس زائداً على المائة. وأما بالنظر إلى اللفظ فلا يصح إلا على جعل المستثنى مسكوتاً عن حكمه، فإن معنى اللفظ ليس لي مال إلا مائة فالمائة مخرجة من نفي المال فإذا قلنا إن المستثنى مسكوت فتكون المائة غير محكوم عليها بأنها في ملكه بل ولا متعرضاً لها بإثبات بوجه من الوجوه، وهذا قول طائفة من المشايخ. وأما على جعله مثبتاً بطريق الإشارة كما هو قول طائفة أخرى، أو على أن الاستثناء من النفي إثبات وهو مختارنا، وصرح به المصنف فقال: الاستثناء من النفي إثبات في هذا الكتاب فيحنث لفظاً لأنه حلف على أن له مائة. وأما قول المصنف **(لأن استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها)** فظاهره أنه وجه مقابل لقوله لأن المقصود منه عرفاً الخ وهو أن يكون مدلولاً له ومعلوم أن إخراجها ليس إلا من النفي، وحاصله إخراج جميع أجزاء المائة من عدم الملك، فلو صح كان الحلف على نفي خمسين من ملكه فكان يحنث فليس المعوّل عليه إلا وجه العرف، بخلاف مالو ادعى أنه أعطى زيد مائة مثلاً فقال زيد لم يعطني إلا خمسين فقال إن كنت أعطيته إلا مائة فهذا لنفي النقصان لأنه قصد بيمينه الرد على المنكر. وفي الجامع الصغير: عبده حرّ إن كنت أملك إلا خمسين فملك عشرة لم يحنث لأنها بعض المستثنى، ولو ملك زيادة على الخمسين إن كان من جنس مال الزكاة حنث وإلا لا؛ ألا ترى أنه لو قال مال صدقة ينصرف إلى مال الزكاة أو حلف ما لي مال لا يحنث إلا بمال الزكاة. وفي خزانة الأكمل: لو قال امرأته طالق إن كان له مال وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يحنث، والمسئلة تأتي إن شاء الله تعالى.

[مسائل متفرقة] أي هذه المسائل مسائل متفرقة فتكون الإشارة لأمر حاضر في الذهن أو تأخر وضع الترجمة عن

يوجد قبض الجميع. وقوله: (فإن قبض دينه في وزنين) ظاهر. ومن تقاضى من غريمه مائتين فقال لا أملك ذلك المقدار فلم يصدقه فقال: (إن كان لي إلا مائة درهم فامرأته طالق ولم يملك إلا خمسين درهماً لم يحنث) لما ذكره في الكتاب. قوله: (ولأن استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها) يعني فكان استثناء الخمسين داخلاً تحت استثناء المائة لأن الخمسين من أجزاء المائة فلذلك لم يحنث.

[مسائل متفرقة] أي هذه المسائل التي أذكرها مسائل متفرقة، ومن دأب المصنفين ذكر ما شذ من الأبواب في آخر الكتاب (وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبداً) اليمين على فعل الشيء أو تركه لا تخلو إما أن تكون موقتة بوقت كيوم وشهر أو مطلقة، فإن كان الثاني وهو المذكور في الكتاب، فإن كان على الترك تركه أبداً، وإن كان على الفعل برّ بفعله مرة على أيّ وجه كان ناسياً أو

، (مسائل متفرقة) قوله: (كان الإعلام واجباً حال ولايته خاصة إلخ) أقول: ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيداً نظراً إلى المقصود وهو المبادرة إلى زجره ودفع شره، فالداعي يوجب التقييد بالفور فور علمه به.

فعله، وإنما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته أو بفوت محل الفعل. (وإذا استحلف الوالي رجلاً ليعلمنه بكل داعر

وضع المسائل فتكون الإشارة على ظاهرها، والظاهر الأول لأن المعتاد تقدم الترجمة، فإن من عادة المصنفين أن يذكروا لما شذ عن الأبواب هذه الترجمة ونحوها قوله: **(وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبداً لأنه** نفى الفعل فعم الامتناع) في جميع الأوقات المستقبلة **(ضرورة عموم النفي)** للفعل المتضمن للمصدر النكرة فلو وجد مرة لم يكن النفي في جميع الأوقات ثابتاً **(وإن حلف ليفعلن كذا برّ بالفعل مرة واحدة لأن الملتزم فعل** واحد غير عين، إذ المقام مقام الإثبات فيبرّ بأي فعل فعله) سواء كان مكرها فيه أو ناسياً أصيلاً أو وكيلاً عن غيره، وإذا لم يفعل لا يحكم بوقوع الحنث حتى يقع اليأس عن الفعل **(وذلك بموت الحالف)** قبل الفعل فيجب عليه أن يوصي بالكفارة **(أو بفوت محل الفعل)** كما لو حلف ليضربن زيداً أو ليأكلن هذا الرغيف فمات زيد أو أكل الرغيف قبل أكله فحينئذ يحنث، هذا إذا كانت اليمين مطلقة كما أريناك، فلو كانت مقيدة مثل لآكلنه في هذا اليوم سقطت بفوات محل الفعل قبل مضي الوقت عندهما على ما سلف في مسئلة الكوز خلافاً لأبي يوسف، ولو مات الحالف قبل مضيه لا حنث عليه ولا كفارة، ولو جنّ الحالف في يومه حنث عندنا خلافاً لأحمد قوله: **(وإذا استحلف الوالي رجلاً ليعلمنه بكل داعر دخل المدينة)** وهو بالدال والعين المهملتين كل مفسد وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد، ومنه دعر العود يدعر بكسر العين في الماضي وفتحها في المضارع إذا فسد **(فهو على حال ولايته خاصة)** فلو عزل لا يلزمه إخباره بعد ذلك، هو قول الشافعي ورواية عن أحمد وهذا التخصيص في الزمان يثبت بدلالة الحال وهو العلم بأن المقصود من هذا الاستحلاف زجره بما يدفع شرّه أو شرّ غيره بزجره، لأنه إذا زجر داعر انزجر داعر آخر كما قال تعالى **﴿ولكم في القصاص حياة﴾** [البقرة ١٧٩] وهذا لا يتحقق، إلا في حال ولايته لأنها حال قدرته على ذلك **(فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية)** وإذا سقطت اليمين لا تعود ولو عاد إلى الولاية. وعن أبي يوسف أنه يجب عليه إعلامه بعد العزل أيضاً، وهو قول الشافعي ورواية عن أحمد لأنه مفيد لاحتمال أن يعاد فيزجره لتقدم معرفته بحاله وهذا بعيد. وفي شرح الكنز أيضاً: ثم إن الحالف لو علم بالداعر ولم يعلمه به لم يحنث إلا إذا مات هو أو المستحلف أو عزل لأنه لا يحنث في اليمين المطلقة إلا باليأس إلا إذا كانت مؤقتة فيحنث بمضي الوقت مع

عامداً مختاراً أو مكرهاً أو بطريق التوكيل، لأن الفعل مشتمل على مصدره اشتمال الكل على الجزء، وهو منكر لعدم الحاجة إلى التعريف، والنكرة في سياق النفي تعمم فيوجب عموم الامتناع، وفي الإثبات تخص، فإن فعله في صورة النفي مرة حنث، وإن فعله في صورة الإثبات مرة برّ **(وإنما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموت الحالف أو بفوت محل الفعل)** فإن كان الأول ولم يذكره في الكتاب فإنه لا يحنث فيه قبل مضي الوقت وإن وقع اليأس بموته أو بفوت المحل لأن الوقت مانع من الانحلال، إذ لو انحل قبل مضي الوقت لم يكن للتوقيت فائدة **(وإذا استحلف الوالي رجلاً ليعلمنه بكل داعر)** أي مفسد خبيث من الدعارة وهي الخبث والفساد **(دخل البلد كان الإعلام واجباً حال ولايته خاصة)** وليس يلزم الإعلام حال دخوله، وإنما يلزمه أن لا يؤخر الإعلام إلى ما بعد موت الوالي أو عزله على ظاهر الرواية **(لأن المقصود منه)** أي من الإعلام **(دفع شرّه)** أي شرّ نفس الداعر **(أو شرّ غيره بزجره)** فإن الوالي إذا زجره وأدبه لدعارته ينزجر غيره عن الدعارة لو كانت في قصده او نيته، وهذا المقصود إنما يفيد فائدته إذا كان الوالي قادراً على تنفيذه وذلك بالسلطنة والسلطنة تزول بالموت لا محالة **(وكذلك بالعزل في ظاهر الرواية)** وإنما قيد بظاهر الرواية احتراز عما روي عن أبي يوسف أنه يجب الإعلام على الحالف بعد عزل المستحلف أيضاً لأنه مفيد في الجملة.
وقوله: **(ومن حلف أن يهب)** على ما ذكره في الكتاب واضح، واختلف أصحابنا في ثبوت الملك قبل القبول، فمنهم من قال بثبوته إلا أنه بالرد ينتقض دفعاً لضرر المنة، ومنهم من قال بعدمه لاحتمال أن يكون الموهوب محرماً للموهوب له فيعتق عليه فلا

قوله: **(فلا يمكن دفع الضرر)** أقول: أي ضرر المنة.

دخل البلد فهذا على حال ولايته خاصة) لأن المقصود منه دفع شرّه أو شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته، والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية **(ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل برّ في يمينه)** خلافاً لزفر

الإمكان اهـ. ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيداً نظراً إلى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شرّه. فالداعي يوجب التقييد بالفور: أي فور علمه به، وعلى هذا لو حلف ربّ الدين غريمه أو الكفيل أن لا يخرج عن البلد إلا بإذنه يتقيد بحال قيام الدين والكفالة لأن الإذن إنما يصح ممن له ولاية المنع. وكذا لا تخرج امرأته إلا بإذنه تقيد بقيام الزوجية، وإذا زال الدين والزوجية سقطت ثم لا تعود اليمين بعودهما، بخلاف ما لو حلف لا تخرج امرأته من الدار فإنه لا يتقيد به، إذ لم يذكر الإذن فلا موجب لتقييده بزمان الولاية في الإذن، وكذا الحال في حلفه على العبد مطلقاً ومقيداً، وعلى هذا لو قال لامرأته كل امرأة أتزوّجها بغير إذنك طالق فطلق امرأته طلاقاً بائناً أو ثلاثاً ثم تزوّج بغير إذنها طلقت لأنه لم تتقيد يمينه ببقاء النكاح لأنها إنما تتقيد به لو كانت المرأة تستفيد ولاية الإذن والمنع بعقد النكاح قوله: **(ومن حلف ليهبنّ عبده لفلان فوهبه ولم يقبل برّ في يمينه)** الأصل أن اسم عقد المعاوضة كالبيع والإجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع بإزاء الإيجاب والقبول معاً، وفي عقود التبرعات بإزاء الإيجاب فقط كالهبة والصدقة والعارية والعطية والوصية والعمرى والنحلى والإقرار والهدية. وقال زفر: هي كالبيع. وفي البيع وما معه الاتفاق على أنه للمجموع. فلذا وقع الاتفاق على أنه لو قال بعتك أمس هذا الثوب فلم تقبل فقال بل قبلت أو آجرتك هذه الدار فلم تقبل فقال بل قبلت القول قول المشتري والمستأجر لأن إقراره بالبيع تضمن إقراره بالإيجاب والقبول، وقوله لم تقبل رجوع عنه، وكذا على عدم الحنث إذا حلف لا يبيع فأوجب فقط، وعلى الحنث إذا حلف ليبيعن اليوم فأوجب فيه فقط، ووقع الخلاف في ذلك لو كان بلفظ الهبة، فعندنا يبرّ بالإيجاب، وعنده يحنث. ثم استدل المصنف لزفر باعتباره بالبيع **(لأنه)** أي عقد الهبة **(تمليك مثله)** حيث يتوقف تمام سببيته على القبول فلا يكون هو: أي عقد الهبة بلا قبول كالإيجاب في البيع، ثم لا يشترط القبض في رواية عنه بل بمجرد إيجاب الهبة والقبول من الآخر برّ لتمام السبب، وإنما القبض شرط حكمه والسبب يتم دونه كالبيع بشرط الخيار. وفي رواية أخرى عنه: يشترط معه القبض فلا يبرّ حتى يقبض الآخر لأن السبب بلا حكم غير معتبر. قال المصنف **(ولنا أنه عقد تبرّع فيتم بالمتبرّع)** أي الهبة اسم للتبرّع، فإذا تبرّع وجد المسمى فيحنث، ولا يراد تمامه سبباً للملك إلا على ما نقل عن بعضهم أن الملك يثبت به قبل القبول، إلا أن بالرد ينتقض دفعاً لضرر المنة بلا اختيار ونحوه من فسخ نكاح الزوجة المرقوقة لأنه لا معوّل ولا عمل على هذا، بل لا بد من القبول لتمام العقد فكان في احتياجه إلى القبول في تمام العقد ووقوعه سبباً لملك الآخر كالبيع. والحاصل أنه إنما يتم به ما هو من جهته وهو التمليك، وبهذا القدر لا يدخل في ملك الآخر وإن كان بلا بدل حتى يظهر رضاه بذلك بلفظه المفيد له فهو كالبيع في هذا القدر، وحقيقة الخلاف إنما هو في تعيين مسميات شرعية لألفاظ هي لفظ البيع والهبة وأخواتهما، ولا سبيل إلى ذلك إلا بالنقل أو الاستدلال، فلما كان عند إطلاق لفظ باع فلان كذا أو بعت كذا يفهم منه وقوع الإيجاب والقبول حكم بأن اسم البيع للمجموع، ثم وقع النزاع في اسم الهبة فقال زفر هو كذلك، واستدل الأصحاب بالنقل وهو ما في الصحيحين من قول ابن عباس «أن الصعب بن جثامة أهدى إلى رسول الله ﷺ حمار وحش وهو بالأبواء أو بودّان فردّه عليه، فلما رأى ما في وجهه قال إنا لم نردّه عليك إلا أنا حرم»[1] فقد أطلق اسم الإهداء من أحد الجانبين فقط لفرض أنه ردّه عليه. ووجهه أن قول ابن عباس أهدى إما حكاية قول

. . . .

---

(١) متفق عليه. تقدم في كتاب الحج باب الصيد.

فإنه يعتبره بالبيع لأنه تمليك مثله. ولنا أنه عقد تبرّع فيتم بالمتبرّع ولهذا يقال وهب ولم يقبل، ولأن المقصود إظهار

الصعب بن جثامة أهديت لك هذا أو حكاية فعل، وعلى كل تقدير يفيد، أن اسم الهداية يتم بمجرد فعل الواهب قبل الآخر أو لا. واستدل أيضاً بقولنا وهبت لفلان فلم يقبل وليس شيء منهما بلازم لأن غاية ما فيه أن يصح أن يطلق لفظ الهبة والهدية على مجرد الإيجاب بقرينة كقوله فلم يقبل، ونحن لا ننكر أنه يصح أن يقال عليه فقط كما يقال على المجموع، وكونه ظهر في موضع أنه استعمل في مجرد الإيجاب بقرينة لا يفيد الحكم بأنه هو معناه الحقيقي الذي يجب الحكم به عليه عند عدم القرينة ـ ألا ترى أنه لو قال بعته هذا الثوب بألف فلم يقبل لم يكن مخطئاً ويكون مستعملاً لاسم الكل في الجزء، فلو دل صحة قول القائل وهبت فلم يقبل على أن وضع لفظ الهبة لمجرد الإيجاب دل صحة قوله بعته فلم يقبل على أن البيع لمجرد الإيجاب والإثبات. وأما الاستدلال بقول الصديق لعائشة رضي الله عنهما: كنت نحلتك عشرين وسقاً من مال العالية وإنك لم تكوني حزتيه. فسماه نحلى قبل القبض، فإنما ينتهض على إحدى روايتي زفر أنه مأخوذ فيه القبض أيضاً، ولسنا نصححها بل المعتبر المجموع من الإيجاب والقبول، والقبض شرط الحكم لا من تمام السبب ومسمى اللفظ. وأما الوجه القائل إن المقصود من الهبة إظهار السماحة وهو يتم بالإيجاب: يعني فالظاهر أن الاسم بإزاء ما يتم به المقصود من العقد فلا يخفي أنه غير لازم، وإلا كانت أسماء الأمور التي لها غايات أسماء لتلك الغايات. وأيضاً فقصد الإظهار للسماحة هو عين المراءاة، ولا ينبغي حمل فعل جميع العقلاء عليه، بل اللازم كون المقصود منها وصول النفع للحبيب والفقير الأجنبي، وهذا أليق أن يجعل مقصوداً للعقلاء فيجب الحمل عليه، وعلى اعتباره لا يتحقق الوصول إلا بمجموع القبول والإيجاب، وأقرّ بها أنه اسم للتبرع كما ذكر المصنف. والاستدلال عليه بأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع وإن كان تمام السبب يتوقف على شيء آخر، فهو اسم لجزء السبب إن سلم هذا، وعلى هذا الخلاف القرض. وعن أبي يوسف أن قبول المستقرض لا بد منه فيه لأن القرض في حكم المعاوضة، فلو قال أقرضني فلان ألفاً فلم أقبل لا يقبل قوله. ونقل عن أبي حنيفة فيه روايتان. والإبراء يشبه البيع من حيث إنه يفيد الملك باللفظ دون قبض. والهبة لأنه تمليك بلا عوض، ولهذا ذكر في الجامع أن في القرض والإبراء قياساً واستحساناً. وقال الحلواني فيهما كالهبة. قيل والأشبه أن يلحق الإبراء الهبة لعدم العوض، والقرض بالبيع للعوض. واعلم أن الإبراء له شبهان: شبه بالإسقاط لأن الدين وصف في الذمة لا عين مال، فباعتباره قلنا لا يتوقف على القبول. وشبه بالتمليكات باعتبار أن مآله إلى عين المال حتى جرت أحكام المال عليه في باب الزكاة، ولهذا قلنا يرتدّ بالرد ولا يقبل التعليق، ولا يعلم خلاف في أن الاستقراض كالهبة.

[فروع] حلف لا يوصي بوصية فوهب في مرض الموت لا يحنث، وكذا لو اشترى أباه في مرضه فعتق عليه، ولو حلف ليهبنه اليوم مائة درهم فوهبه مائة له على آخر وأمره بقبضها برّ، ولو مات الواهب قبل قبض الموهوب له لا من قبضه لأنها صارت ملكاً للورثة. وفي شرح الجامع الكبير للعتابي أن الإباحة والوصية والإقرار والاستخدام لا فيها القبول من الآخر. ولو قال لعبد إن وهبك فلان مني فأنت حرّ فوهبه منه إن كان العبد في يد الواهب لا يعتق سلمه إليه أولاً، وإن كان وديعة في يد الموهوب له إن بدأ الواهب فقال وهبتكه لا يعتق قبل أو لم يقبل، وإن بدأ الموهوب له فقال هبه مني فقال وهبته منك عتق. ولو حلف لا يهب عبده من فلان فوهبه له أجنبي فأجاز الحالف الهبة حنث كذا ابن سماعة عن محمد. ولا يهب عبده لفلان فوهبه له على عوض حنث. حلف لا يستدين ديناً فتزوّج لا يحنث. ولو حلف لا يشاركه ثم شاركه بمال ابنه الصغير فالشريك هو الابن لا الأب لأنه لا ربح للأب في المال، وتنعقد يمين نفي الشركة على ما عليه عادات الناس من الشركة في التجارات دون الأعيان، فلو اشتريا عبداً لم يحنث، بخلاف ما لو قال:

يمكن دفع الضرر فيتوقف الثبوت على القبول، بخلاف البيع والإجارة وكل عقد فيه بدل لأنه تملك من الجانبين فكان تمامه بهما

السماحة وذلك يتم به، أما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين (ومن حلف لا يشم ريحاناً فشم ورداً أو ياسميناً لا

لا يكون بيني وبينه شركة في شيء حيث يحنث، بخلاف ما لو ورثا شيئاً لا يحنث لأنه لم يشاركه مختاراً إنما لزمه حكماً أحب أو كره قوله: (**ومن حلف لا يشم ريحاناً فشم ورداً أو ياسميناً لم يحنث**) ويشم هو بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم في الماضي هذه هي اللغة الفصيحة المشهورة، وأما شممت الطيب أشمه بفتح الميم في الماضي وضمها في المضارع فقد أنكرها بعض أهل اللغة وقال هو خطأ وصحح عدمه فقد نقلها الفراء وغيره وإن كانت ليست بفصيحة. ثم يمين الشم تنعقد على الشم المقصود، فلو حلف لا يشم طيباً فوجد ريحه لم يحنث ولو وصلت الرائحة إلى دماغه. وفي المغرب: الريحان كل ما طاب ريحه من النبات. وعند الفقهاء: ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه. وقيل في عرف أهل العراق اسم لما لا ساق له من البقول مما له رائحة مستلذة. وقيل اسم لما ليس له شجر ذكره في المبسوط لأنه قال تعالى: ﴿**والنجم والشجر يسجدان**﴾ [الرحمن ٦] ثم قال ﴿**والحبّ ذو العصف والريحان**﴾ [الرحمن ١٢] ولأن الريحان إنما يطلق على ما بنيت من بزره مما لا شجر له ولعينه رائحة مستلذة، وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رائحة إنه' الرائحة للزهر خاصة، هذا والذي يجب أن يعوّل عليه في ديارنا إهدار ذلك كله لأن الريحان متعارف لنوع وهو ريحان الحماحم، وأما كون الريحان الترنجي منه فيمكن أن لا يكون لأنهم يلزمونه التقييد فيقال ريحان ترنجي، وعندنا يطلقون اسم الريحان لا يفهم منه إلا الحماحم فلا يحنث إلا بعين ذلك النوع قوله: (**ولو حلف لا يشتري بنفسجاً فهو على دهنه**) دون ورقه فلا يحنث بورقة. وذكر الكرخي أنه يحنث به أيضاً بعموم المجاز، وهذا مبني على العرف فكان في عرف أهل الكوفة بائع البنفسج وإنما يسمى به بائع الدهن ثم صار كل يسمى به في أيام الكرخي فقال به، وأما في عرفنا فيجب أن لا ينعقد إلا على نفس النبات فلا يحنث بالدهن أصلاً كما قال في الورد والحناء إن اليمين على شرائهما ينصرف إلى الورق لأنهما اسم للورق والعرف مقرر له بخلافه في البنفسج.

[فروع متفرقة الأصناف] إذا حلف على الدجاج نفياً أو إثباتاً وكذا الحمل والإبل والبعير والجزور والبقر والبقرة والبغل والبغلة والشاة والغنم والحمار والخيل يتناول الذكر والأنثى والتاء للوحدة، قال قائلهم:

لما مررت بدير هند أرّقني ... صوت الدجاج وضرب بالنواقيس

والصوت إنما هو للديك، وفي الحديث «في خمس من الإبل شاة»[1] وعن أبي يوسف البقرة: لا تتناول الثور وليس

(**ومن حلف لا يشم ريحاناً فشم ورداً أو ياسميناً لا يحنث لأنه اسم لما لا ساق له ولهما ساق**) قيل هذا تفسير الإمام فخر الإسلام وقلده الصدر الشهيد والمصنف، وفيه نظر لأنه لم يثبت في قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير أصلاً. وجوابه أن معنى قوله اسم لما لا ساق له أن لساقه رائحة طيبة كما لورقه اصطلح عليه الفقهاء وإن لم يثبت في اللغة، على أن نفيه في اللغة يتوقف على الاستقراء التام في أوضاع اللغة وهو متعذر. وقيل في الضابط بين الورد والريحان أن ما ينبت من بزره مما لا شجر له ولعينه رائحة طيبة مستلذة فهو ريحان، وما ينبت من الشجر ولورقه رائحة مستلذة فهو ورد (**ومن حلف لا يشتري بنفسجاً فاشترى دهن بنفسج حنث اعتباراً للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء ينبني عليه**) أي على البيع وهذا في عرف أهل الكوفة وقيل: (**في عرفنا**

قوله: (**قيل هذا تفسير الإمام إلخ**) أقول: صاحب القيل هو الإتقاني قوله: (**وجوابه أن معنى قوله اسم لما لا ساق له إلخ**) أقول: يعني اسم لما لا ساق له بلا رائحة بل يكون لساقه رائحة كما لورقه، وساق الورد ليس له رائحة كما لورقه قوله: (**اصطلح عليه الفقهاء وإن لم يثبت في اللغة**) أقول: المعتبر في الأيمان ما هو المتعارف بين الناس لا ما اصطلح عليه الفقهاء.

---

(١) تقدم في الزكاة أخرجه البخاري والجماعة.

يحنث) لأنه اسم لما لا ساق له ولهما ساق **(ولو حلف لا يشتري بنفسجاً ولا نية له فهو على دهنه)** اعتباراً للعرف ولهذا

بذلك، والثور والكبش والديك للذكر، والبرذون للعجمي، والبقر لا يتناول الجاموس للعرف. حلف لا يفعل كذا ولا كذا ففعل واحداً منهما حنث، وإن لم يذكر حرف النفي فقال لا أفعل كذا وكذا فكذلك يحنث. حلف لا يأكل مما يجيء به فلان فجاء بحمص فطبخ فأكل من مرقة وفيه طعم الحمص حنث، ذكرها في فتاوى قاضيخان. وعلى هذا يجب في مسئلة الحلف لا يأكل لحماً فأكل من مرقه أنه لا يحنث أن يقيد بما إذا لم يجد طعم اللحم. حلف لا يشرب حراماً من هذا الجنس فقاء وشرب قيأه لا يحنث. قال لعبده إن سقيت الحمار فأنت حرّ فذهب به فسقاه فلم يشرب عتق لأنه سقاه لكنه لم يشرب. حلف لا يشرب عصيراً فعصر عنقود في حلقه لا يحنث، ولو عصره في كفه فحساه حنث، أما لو قال لا يدخل حلقي حنث فيهما. وفي الفتاوى: هذا في عرفهم، أما عرفنا فينبغي أن لا يكون حانثاً لأن ماء العنب لا يسمى عصيراً في أول ما يعصر. حلف على امرأته لا تسكن هذه الدار وهي فيها وبابها مغلق وللدار حافظ فهي معذورة حتى يفتح الباب وليس لها أن تتسوّر الحائط. قال الفقيه: وبه نأخذ. قال الصدر الشهيد: فرق بين هذا وبين مالو قال إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج فإنه يحنث. ولو قال لامرأته وهي في بيت والدها إن لم تحضري الليلة فمنعها الوالد من الحضور منعاً حسياً حنث. قال الصدر الشهيد: هذا في فتاوى الفضلي، وذكر بعد هذا أنه لا يحنث، قال: والأصح أنه يحنث، ولا بد من الفرق بين الفعل وعدم الفعل، وذلك لأن الشرع قد يجعل الموجود معدوماً بالعذر كالإكراه وغيره، ولا يجعل المعدوم موجوداً وإن وجد العذار اهـ. يعني وقد أكرهت على السكنى وهو فعل، والمكره على الفعل لا يضاف الفعل إليه فلا يحنث، وقد صرح بجواب الشيخ أبي بكر محمد بن الفضل فيمن قال إن لم أخرج من هذه الدار اليوم فقيد الحالف ومنع أياماً أنه يحنث وهو الصحيح. وفي الخلاصة: لو قال لامرأته إن سكنت هذه الدار فأنت طالق وكان ليلاً فهي معذورة حتى تصبح. ولو قال الرجل لم كن معذوراً هو الصحيح إلا لخوف لص وغيره وهذا ما سلف الوعد به. كل عبد لي حرّ وله عبد بينه وبين غيره لا يعتق لانصرافه إلى التام، ومثله لا آكل مما اشتراه فلان فاشتراه مع آخر فصار مشتركاً لا يحنث لو أكل منه، ويعتق عبده المأذون وإن كان عليه دين، ولا يعتق عبد عبده المأذون عند أبي حنيفة إذا كان عبده مستغرقاً كسبه ورقبته بالدين وإن نوى المولى عتقهم، وإن لم يكن عليه دين إن نواه عتق وإلا فلا، وعند أبي يوسف إن نواه عتق وإلا فلا كان عليه دين أو لا. وقال محمد عتقوا جميعاً في الأحوال كلها. قال لغيره والله لتفعلن كذا ولم ينو شيئاً فهو حالف فإن لم يفعل المخاطب حنث وإن أراد به الاستحلاف فهو استحلاف ولا شيء على واحد منهما إذا لم يفعل. ولو قال لغيره أقسمت أو أقسمت بالله عليك لتفعلن كذا أو قال أشهد بالله أو أشهد عليك أو لم يقل عليك فالحالف هو المبتدي إلا أن يكون أراد الاستفهام فلا يمين عليه أيضاً. ولو قال عليك عهد الله إن فعلت فقال نعم فالحالف المجيب ولا يمين على المبتدىء وإن نواه. اشترى مناً من اللحم فقالت امرأته هو أقل من منّ وحلفت عليه فقال إن لم يكن مناً فأنت طالق فإنه يطبخ قبل أن يوزن فلا يحنث هو ولا المرأة. حلف لا يأكل من خبز ختنه فسافر الختن وخلف لامرأته دقيقاً نفقة فأكل منه حنث لأنه باق على ملكه. قال القاضي الإمام: هذا إذا لم يفرز قدرا لكن قال لها كلي من دقيقي ما يكفيك، أما إذا أفرز قدراً من الدقيق وأعطاها إياه صار ملكاً لها فلا يحنث. قال في الخلاصة: وفي الفتاوى: حلف لا يأكل من مال فلان فتناهدا فأكل الحالف لا يحنث لأن كلاً منهما آكل من مال نفسه في العرف، وفيه نظر. قال: قلت للقاضي الإمام: لو كان أحد الشركاء صبياً لا يجوز هذا، ولو كان كل واحد آكلاً من مال نفسه ينبغي أن يجوز، قال: نعم استصوبني ولكن لم يصرح

يقع على الورق، وإن حلف على الورد فاليمين على الورق، **لأنه)** أي الورد **(حقيقة فيه)** أي في الورق **(والعرف مقرر له)** أي لوقوع اليمين على الحقيقة: يعني أن اسم الورد على الورق حقيقة، وفي العرف أيضاً يفهم منه ذلك فكان العرف مقرراً على الحقيقة

يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء ينبني عليه وقيل في عرفنا يقع على الورق (وإن حلف على الورد فاليمين على الورق) لأنه حقيقة فيه والعرف مقرر له، وفي النفسج قاض عليه.

بالخلاف اهـ. وأقول: الفرق أن عدم الحنث لأكل كل من المتناهدين مال نفسه عرفاً لا حقيقة، وعلى العرف تبتني الأيمان فلم يحنث، وعدم جواز التناهد مع الصبي لأنه غير آكل مال نفسه حقيقة بل بعض مال الصبي أيضاً. وفي الخلاصة: حلف لا يأكل من خبز فلان فأكل خبزاً بينه وبين فلان يحنث. وقال في مجموع النوازل: لا يحنث لأنه أكل حصته. ولو حلف لا يأكل من مال فلان فمات فلان وهو وارثه فأكل إن لم يكن له وارث سواه أو كان فأكل بعد القسمة لا يحنث وإلا حنث. ولو حلف لا يأكل رغيفاً لفلان فأكل رغيفين بينه وبين غيره يحنث. في مجموع النوازل: وكذا دار بين أختين قال زوج إحداهما إن دخلت إلا في نصيبك فأنت طالق وهي غير مقسومة فدخلت لا يحنث لأنها ما دخلت في غير نصيبها. ولو حلف لا يدخل دار لفلان فدخل داراً بينه وبين غيره لا يحنث. ولو حلف لا يزرع أرض فلان فزرع أرضاً بينه وبين غيره يحنث لأن نصف الأرض يسمى أرضاً ونصف الدار لا يسمى داراً. ولو حلف لا يأكل من مال فلان فأكل من حب بينه وبينه حنث. ولو اشترى بدراهم مشتركة بينهما لم يحنث. ولو حلف لا يأكل من طبيخ فلان فأكل مما طبخه مع غيره حنث. ولو حلف لا يأكل من قدر فلان فأكل من قدر طبخها فلان لم يحنث. وفي الأصل لو حلف لا يأكل من طعام اشتراه فلان فأكل من طعام اشتراه مع غيره حنث إلا إذا نوى شراءه وحده، بخلاف ما لو حلف لا يلبس ثوباً اشتراه فلان أو يملكه فلبس ثوباً اشتراه فلان مع غيره لم يحنث لأن الثوب اسم للكل فلا يقع على البعض. ومثله لا يدخل داراً اشتراها فلان فدخل داراً اشتراها فلان مع غيره لا يحنث. وفي مجموع النوازل: امرأة وهبت طيراً فقال لها زوجها إكراز نردد ايكي تو بحرم فأنت طالق فوهبت من آخر فأكل الحالف يحنث. قال صاحب الخلاصة: وعلى قياس ما يأتي ينبغي أن لا يحنث. صورتها في الفتاوي: حلف لا يأكل من ثمن غزل فلانة فباعت غزلها ووهبت الثمن لابنها ثم وهب الابن للحالف فاشترى به شيئاً فأكله لا يحنث. قال وهذا أصح من الأول. وفي الجامع الصغير: لو قال إن أكلت اليوم إلا رغيفاً أو إن تغديت برغيف فعبدي حرّ فأكل رغيفاً ثم أكل بعده تمراً أو فاكهة حنث. وفي فتاوى قاضيخان: حلف لا يأكل اليوم إلا رغيفاً فأكل رغيفاً مع الخل أو الزيت أو اللبن لا يكون حانثاً لأن الاستثناء يقتضي المجانسة المعنى المطلوب، وهذه الأشياء لا تجانس الرغيف في المعنى المطلوب وهو الأكل وهذا خلاف الأول. ولو قال إن أكلت اليوم أكثر من رغيف فهو على الخبز خاصة. وفي الفتاوى: حلف لا يأكل هذه الخابية التي فيها الزيت فأكل بعضها حنث ولو كان مكان الأكل بيع فباع النصف لا يحنث. ولو حلف لا يأكل هذه البيضة لا يحنث حتى يأكل كلها وكذا في البيضتين. ولو حلف لا يأكل هذا الشيء كالرغيف مثلاً فأكل بعضه قال أبو بكر الإسكاف: إن كان شيئاً يمكنه أن يأكله كله في مرة لا يحنث بأكل بعضه، وقال بعضهم: إذا أكل بعض ما لا يمكن أن يأكل كله في مجلسه يحنث في يمينه وهو الصحيح. وقال محمد: كل شيء يأكله الرجل في مجلس واحد أو يشربه في شربة واحدة فالحلف على جميعه لا يحنث بأكل بعضه، لكن في الفتاوى للقاضي: حلف لا يأكل هذا الرغيف فأكل وبقي منه شيء يسير يحنث، فإن نوى كله صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى، وهل يصدق في القضاء فيه روايتان اهـ. وكأن المراد أن يترك شيئاً قليلاً جداً بحيث لا يقال إلا أن فلاناً أكل جميع الرغيف لقلة المتروك وإلا فقد سمعت ما ذكره محمد ونص في غير موضع أنه إذا حلف لا يأكل هذا الرغيف لا يحنث بأكل البعض. وتقدم من النصوص لو قال هذا الرغيف عليّ حرام

(وفي البنفسج قاض عليه) أي غالب راجح: يعني أن اسم البنفسج يقع على عين البنفسج حقيقة كما هو مذهب الشافعي لا على دهنه، ولكن العرف غير تلك الحقيقة من عينه إلى دهنه فكان العرف غالباً وراجحاً في اسم البنفسج على حقيقته.

. . . .

حنث بأكل لقمة منه. قال في فتاوى قاضيخان: قال مشايخنا: الصحيح أنه لا يكون حانثاً، لأن قوله هذا الرغيف عليّ حرام بمنزلة قوله والله لا آكل هذا الرغيف، ولو قال هكذا لا يحنث بأكل البعض. قال إبراهيم: سمعت أبا يوسف يقول فيمن قال كلما أكلت اللحم أو كلما شربت الماء فللّه عليّ أن أتصدّق بدرهم فأكل فعليه في كل لقمة من اللحم في كل نفس من الماء درهم. حلف لا يكلم فلاناً وفلاناً لا يحنث حتى يكلمهما إلا أن ينوي الحنث بأحدهما فيحنث بواحد منهما، أو لو قال لا أكلمهما أو قال بالفارسية اين دوكس سحون نكويم ونوى واحداً لا تصح نيته، ذكره في المحيط. قال: وينبغي أن تصح لأن المثنى يذكر ويراد به الواحد، فإذا نوى ذلك وفيه تغليظ على نفسه يصح اهـ. فهو مقيد بما إذا كان فيه تغليظ على نفسه. ولو قال فلاناً أو فلاناً حنث بأحدهما، وكذا لو قال فلاناً ولا فلاناً. وفي مجموع النوازل: لا أكلم فلاناً يوماً ويومين وثلاثة فهو على ستة أيام، ولو قال لا أكلمه لا يوماً ولا يومين ولا ثلاثة فعلى ثلاثة أيام. حلف لا يشرب من دار فلان فأكل منها شيئاً قال محمد بن سلمة: يحنث لأن المقصود من هذا اليمين الامتناع عن جميع المأكولات، وقال غيره: لا يحنث في يمينه إلا أن ينوي جميع المأكولات والمشروبات، أما لو قال بالفارسية فلا شك في تناول المأكول والمشروب. حلف لا يغتسل من امرأته من جنابة فجامعها ثم جامع أخرى أو على العكس يحنث وإن لم يغتسل لأن اليمين انعقدت على الجماع كناية. ولو نوى حقيقة الغسل حنث أيضاً إذا اغتسل لأنه اغتسل عنها وعن غيرها فيحنث، كما لو حلف لا يتوضأ من الرعاف فتوضأ من الرعاف وغيره حنث. ولو حلف لا يحل تكته على امرأته إن أراد أنه يجامع صح وهو مول، وإن لم يرد إن فتح سراويله للبول ثم جامعها لا يحنث، لأن فتح سراويله عليها أن يفتح لأجل جماعها، وإن فتحه لجماعها ولم يجامع قالوا: ينبغي أن كون حانثاً لوجود شرط الحنث. ولو حلف لا يحل تكته في الغربة فجامع من غير حل التكة إن نوى عين حلها لا يحنث وصدّق قضاء، وإن لم ينو يحنث، ونحو هذا قوله إن اغتسلت من الحرام فعانق أجنبية فأنزل قالوا يرجى أن لا يكون حانثاً ويكون يمينه على الجماع. وعلى هذا الأصل لو حلفت لا تغسل رأسها من جنابة زوجها فجامعها مكرهة قال الصفار: أرجو أن لا تحنث. قال الفقيه أبو الليث: لأن قولها كناية عن الجماع، فإذا كانت مكرهة عليه لا تحنث. ولو قال لها عند إرادته الجماع إن لم تمكنيني أو لم تدخلي معي في البيت فلم تفعل أو فعلت بعد ساعة إن كان بعد سكون شهوته حنث وإلا لا. وفي الجامع الكبير: حلف لا يجامع امرأته فجامعها فيما دون الفرج لا يحنث، فإن قال عنيت فيما دون الفرج يحنث بهما. ولو قال لامرأته إن فعلت حراماً في هذه السنة فأنت طالق ثلاثاً فهذا على الجماع، فإن علمته بأن فعله بمعاينتها بتداخل الفرجين وتعرف أنها ليست مملوكة له ولا زوجة أو شهد عندها أربعة على ذلك لأنه شهادة على الزنا والزنا لا يثبت إلا بذلك، ولو أقرّ لها كفى مرة لا يسعها المقام معه، فإن جحد عند الحاكم أنه فعل وليس لامرأته بينة حلفته عند الحاكم، فإن حلف وسعها المقام معه. قلت: فهذه المسئلة تفيد مسئلة ما إذا علمت أنه طلقها ثلاثاً يقيناً ثم أنكر فإنها لا تمكنه أبداً، وإذا لم تستطع منعه عنها لها أن تسمه. ولو قال لها بالفارسية اكرتو باكسي حرام كنه فأنت طالق فأبانها فجامعها في العدة طلقت عندهما لأنهما يعتبران عموم اللفظ، وأبو يوسف يعتبر الغرض، فعلى قياس قوله لا يحنث فلا تطلق وعليه الفتوى، ذكره في الخلاصة وغيرها. ولو قال الآخر إن فعلت فلم أفعل قال أبو حنيفة: إن لم يفعل على فور فعله حنث. حلف لا يعرفه وهو يعلم شخصه ونسبه ولا يعرف اسمه، ففي البالغ لا يحنث لأن معرفة البالغ كذلك، ويحنث في الصغير، وعليه فرّع ما لو ولد لرجل ولد فأخرجه إلى جار له ولم يسمه بعد فرآه الجار ثم حلف أنه لا يعرف هذا الصبيّ يحنث. ولو تزوّج امرأة ودخل بها ولا يدري اسمها فحلف أنه لا يعرفها لا يحنث، وكذا لو حلف أنه لا يعرف هذا الرجل وهو يعرفه بوجهه دون اسمه لا يحنث إلا أن يعني به معرفة وجهه فيحنث لأنه شدّد على نفسه. ولو حلف لا يفعل ما دام فلان في هذه البلدة فخرج ففعل ثم رجع فلان ثانياً لا يحنث. حلف لا ترك فلاناً يفعل كذا كلا يمرّ أو لا يذهب من هنا أو لا يدخل يبرّ بقوله له لا تفعل لا تخرج لا تمرّ أطاعه أو عصاه، والله تعالى الموفق للصواب.

كتاب الحدود

قال: الحد لغة: هو المنع، ومنه الحداد للبواب. وفي الشريعة: هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حداً لأنه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير. والمقصد الأصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد،

كتاب الحدود

لما اشتملت الأيمان على بيان الكفارة وهي دائرة بين العقوبة والعبادة أولاها الحدود التي هي عقوبات محضة اندفاعاً إلى بيان الأحكام بتدريج، ولولا ما يعارض هذه المناسبة من لزوم التفريق بين العبادات المحضة لكان إيلاء الحدود الصوم أوجه لاشتماله على بيان كفارة الإفطار المغلب فيها جهة العقوبة حتى تداخلت على ما عرف، بخلاف كفارة الأيمان المغلب فيها جهة العبادة، لكن كان يكون الترتيب حينئذ الصلاة ثم الأيمان ثم الصوم ثم الحدود ثم الحج، فيقع من الفصل بين العبادات التي هي جنس واحد بالأجنبي ما يبعد بين الأخوات المتحدة في الجنس القريب ويوجب استعمال الشارع لها كذلك، لكنه قال «بني الإسلام على خمس: شهادة أن لا إله إلا الله» الحديث، ثم محاسن الحدود أظهر من أن تذكر ببيان وتكتب ببنان، لأن الفقيه وغيره يستوي في معرفة أنها للامتناع عن الأفعال الموجبة للفساد؛ ففي الزنا ضياع الذرية وإماتتها معنى بسبب اشتباه النسب، ولا يلزم بموت الولد مع ما فيه من تهمة الناس البرآء وغيره، ولذا ندب عموم الناس إلى حضور حدّه ورجمه. وفي باقي الحدود زوال العقل وإفساد الأعراض وأخذ أموال الناس وقبح هذه الأمور مركوز في العقل ولذا لم تبح الأموال والأعراض والزنا والسكر في ملة من الملل وإن أبيح الشرب، وحين كان فساد هذه الأمور عاماً كانت الحدود التي هي مانعة منها حقوق الله على الخلوص، فإن حقوقه تعالى على الخلوص أبداً تفيد مصالح عامة، ولذا قال المصنف: والمقصود من شرعيته للانزجار عما يتضرّر به العبادة؛ والعبارة المشهورة في بيان حكمة شرعيتها الزجر إلا أنه لما كان الزجر يراد للانزجار عدل المصنف إلى قوله الانزجار، إلا أن قوله والطهارة ليست بأصلية إلى آخره: أي الطهرة من ذنب بسبب الحد يفيد أنه مقصود أيضاً من شرعيتها لكنه ليس مقصوداً أصلياً بل هو تبع لما هو الأصل من الانزجار وهو خلاف المذهب، فإن المذهب أن الحد لا يعمل في سقوط إثم قبل سببه أصلاً، بل لم يشرع إلا لتلك الحكمة، وأما ذلك فقول طائفة كثيرة من أهل العلم واستدلوا عليه بقوله ﷺ فيما في البخاري وغيره «إن من أصاب من هذه المعاصي شيئاً فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له، ومن أصاب

كتاب الحدود

لما فرغ من ذكر الأيمان وكفارتها الدائرة بين العبادة والعقوبة أورد عقيبها العقوبات المحضة. ومحاسن الحدود كثيرة لما أنها ترفع الفساد الواقع في العالم وتحفظ النفوس والأعراض والأموال سالمة عن الابتذال. وأما سببها فسبب كل منها ما أضيف إليه مثل حد الزنا وحد القذف وغيرهما. وأما تفسيره لغة وشريعة والمقصد الأصلي من شرعه وهو الحكم فقد ذكره في الكتاب وقوله: (الانزجار عما يتضرر به العباد) يريد به إفساد الفرش وإضاعة الأنساب وإتلاف الأعراض والأموال، وكلامه يشير إلى أن الحدود تشتمل على مقصد أصلي يتحقق بالنسبة إلى الناس كافة وهو الانزجار عما يتضرر به العباد. وغير أصلي وهو الطهارة عن الذنوب وذلك يتحقق بالنسبة إلى من يجوّز زوال الذنوب عنه لا بالنسبة إلى الناس كافة، ولهذا شرع في حق الكافر الذمي ولا

كتاب الحدود

قوله: (وأما سببها فسبب كل منها ما أضيف إليه مثل حد الزنا وحد القذف وغيرهما) أقول: في العبارة نوع ركاكة

والطهارة ليست أصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر. قال: (**الزنا يثبت بالبينة والإقرار**) والمراد ثبوته عند الإمام لأن

منها شيئاً فستره الله فهو إلى الله إن شاء عفا عنه وإن شاء عاقبه»(١) واستدل الأصحاب بقوله تعالى في قطاع الطريق (**ذلك**) أي التقتيل والصلب والنفي بأن ﴿**لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخر عذاب عظيم. إلا الذين تابوا**﴾ [المائدة ٣٣] فأخبر أن جزاء فعلهم عقوبة دنيوية وعقوبة أخروية، إلا من تاب فإنها حينئذ تسقط عنه العقوبة الأخروية. وبالإجماع للإجماع على أن التوبة لا تسقط الحد في الدنيا، ويجب أن يحمل الحديث على ما إذا تاب في العقوبة لأنه هو الظاهر، لأن الظاهر أن ضربه أو رجمه يكون معه توبة منه لذوقه مسبب فعله فيقيد به جمعاً بين الأدلة وتقييد الظني عند معارضة القطعي له متعين، بخلاف العكس، وإنما أراد المصنف أنه لم يشرع للطهرة فأداه بعبارة غير جيدة، ولذا استدل عليه بشرعيته في حق الكافر، ولا طهرة في حقه من الذنب بالحد: يعني أن عقوبة الذنب لم ترتفع بمجرد الحد بل بالتوبة معه إن وجد، ولم تتحقق في حقه لأن التوبة عبادة وهو ليس من أهلها. وأما من يقول إن الحد بمجرده يسقط إثم ذلك السبب الخاص الذي حد به، فإن قال إن الحد لا يسقط عن الكافر يحتاج إلى دليل سمعي في ذلك إذ السمع إنما يوجب لزوم عقوبة الكفر في حقه لا بتضاعف عذاب الكفر عليه، فإذا فرض أن الله سبحانه جعل الحد مسقطاً لعقوبة معصية صار الفاعل لها إذا حد بمنزلة ما إذا لم يفعلها فلا يضم إلى عذاب الكفر عذاب تلك المعصية إذا حد بها الكافر إلا أن يدل دليل سمعي على ذلك، وأما الاستدلال على عدم كون الحد مسقطاً بأنه يقام عليه وهو كاره له فليس بشيء لجواز التكفير بما يصيب الإنسان من المكاره والله أعلم.

ثم تحقيق العبارة ما قال بعض المشايخ إنها موانع قبل الفعل زواجر بعده: أي العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع من العود إليه قوله: (**الحد لغة المنع**) وعليه قول نابغة ذبيان:

إلا سليمان إذ قال الإله له قم في البرية فاحددها عن الفند

وهو الخطأ في القول والفعل وغير ذلك مما يلام صاحبه عليه، كذا ذكره الأعلم في شرح ديوانه، وكل مانع شيء فهو

يطهر عن ذنبه بإجراء الحد عليه. قال: (**الزنا يثبت بالبينة والإقرار**) الزنا يمد ويقصر، فالقصر لغة أهل الحجاز، والمد لأهل نجد. قال الفرزدق:

أبا حاضر من يزن يعرف زناؤه ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكَرا

يخاطب رجلاً يكنى أبا حاضر، والخرطوم الخمر، والمسكر بفتح الكاف المخمور. وتفسيره في الشرع قضاء المكلف شهوته في قبل امرأة خالية عن الملكين وشبهتهما لا شبهة الاشتباه وتمكين المرأة من ذلك. واختير لفظ القضاء إشارة إلى أن مجرد الإيلاج

قوله: (**وتفسيره في الشرع إلخ**) أقول: تفسير للزنا العام لما يوجب الحد وما لا يوجبه قوله: (**وشبهتهما إلخ**) أقول: ليعم الزنا الذي لا يوجب الحد قوله: (**وتمكين المرأة إلخ**) أقول: تعريف لزنا المرأة قوله: (**إشارة**) أقول: وجه الإشارة مستور.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري (١٨) و ٣٨٩٢ و ٤٨٩٤ و ٦٧٨٤ و ٧٢١٣ و ٧٤٦٨ ومسلم ١٧٠٩ من وجوه والترمذي ١٤٣٩ وابن ماجه ٢٦٠٣ والنسائي ٧/ ١٤١. ١٤٢. ١٤٨. ١٦١. ١٦٢ و ٨/ ١٠٨. ١٠٩ والحميدي ٣٨٧ والدارمي ٢٣٦٢ وابن حبان ٤٤٠٥ وأحمد ٥/ ٣٢٠. ٣١٤ وابن الجارود ٨٠٣ والبغوي ٢٩ والبيهقي ٨/ ٣٢٨ من طرق كلهم من حديث عبادة بن الصامت.

رواه بعضهم هكذا باختصار.

وفي رواية للبخاري ومسلم وغيرهما بلفظ: «عن عبادة أن رسول الله ﷺ قال وحوله عصابة من أصحابه. بايعوني على أن لا تشركوا بالله شيئاً ولا تسرقوا، ولا تزنوا ولا تقتلوا أولادكم، ولا تأتوا ببهتان تفترونه بين أيديكم وأرجلكم، ولا تعصوا في معروف. فمن وفّى منكم، فأجره على الله، ومن أصاب من ذلك شيئاً، فعوقب في الدنيا، فهو كفارة له، ومن أصاب من ذلك شيئاً، ثم ستره الله، فهو إلى الله تعالى: إن شاء عفا عنه، وإن شاء عاقبه. فبايعناه على ذلك».

هذا لفظ البخاري في روايته الأولى، ورواه غير واحد هكذا.

البينة دليل ظاهر، وكذا الإقرار لأن الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة، والوصول إلى العلم

حادّ له، وحداد إذا صيغ للمبالغة، ومنه قيل للبواب لمنعه من الدخول والسجان حداد لمنعه من الخروج بلا شك وإن كان البيت الذي استشهد به لا يفيد، وهو قوله:

يقول لي الحداد وهو يقودني ... إلى السجن لا تجزع فما بك من باس

فإنه لا يلزم كون القائل الذي كان يقوده هو السجان لجواز أن يكون غيره ممن يوصله إليه فإنه حداد له إذ يمنعه من الذهاب إلى حال سبيله، وللخمار حداد لمنعه الخمر في قول الأعشى:

فقمنا ولما يصح ديكنا ... إلى جونة عند حدادها

وسمى أهل الاصطلاح المعرّف للماهية حداً لمنعه من الدخول والخروج وحدود الدار نهاياتها لمنعها عن دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها إليه. وفي الشرع قال المصنف: هو العقوبة المقدرة حقاً لله، فلا يسمى القصاص حداً لأنه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير على ما عليه عامة المشايخ، وهذا لأن المقدر نوع منه وهو التعزيز بالضرب لكنه لا ينحصر في الضرب بل يكون بغيره من حبس وعرك أذن وغيره على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، وهذا الاصطلاح هو المشهور. وفي اصطلاح آخر لا يؤخذ القيد الأخير فيسمى القصاص حداً. فالحد هو العقوبة المقدرة شرعاً، غير أن الحد على هذا قسمان: ما يصح فيه العفو، وما لا يقبله. وعلى الأول الحد مطلقاً لا يقبل الإسقاط بعد ثبوت سببه عند الحاكم، وعليه ابتنى عدم جواز الشفاعة فيه فإنها طلب ترك الواجب، ولذا أنكر رسول الله ﷺ على أسامة بن زيد حين شفع في المخزومية التي سرقت فقال «أتشفع في حدّ من حدود الله»[1] وأما قبل الوصول إلى الإمام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرافع له إلى الحاكم ليطلقه، وممن قال به الزبير بن العوام وقال: إذا بلغ إلى الإمام فلا عفا الله عنه عفا، وهذا لأن وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت، فالوجوب لا يثبت بمجرد الفعل بل على الإمام عند الثبوت عنده قوله: (**الزنا يثبت بالبينة والإقرار**) ابتدأ بحد الزنا لكثرة وقوع سببه مع قطعيته عن كتاب الله تعالى. بخلاف السرقة فإنها لا تكثر كثرته، والشرب وإن كثر فليس حده بتلك القطعية، والزنا مقصور في اللغة الفصحى لغة أهل الحجاز التي جاء بها القرآن، قال الله تعالى ﴿**ولا تقربوا الزنا**﴾ [الإسراء ٣٢] وتمدّ في لغة نجد، وعليها قال الفرزدق:

أبا طاهر من يزن يعرف زناؤه ... ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكراً

بفتح الكاف وتشديدها من التسكير، والخرطوم من أسماء الخمر، قال: والمراد ثبوته عند الحاكم، أما ثبوته في نفسه فبإيجاد الإنسان للفعل، لأنه فعل حسي، وسيذكر المصنف تعريف الزنا في باب الوطء الذي يوجب الحد وهناك نتكلم عليه، وخص بالبينة والإقرار لنفي ثبوته بعلم الإمام، وعليه جماهير العلماء، وكذا سائر الحدود. وقال أبو ثور ونقل قولاً عن الشافعي أنه يثبت به وهو القياس، لأن الحاصل بالبينة والإقرار دون الحاصل بمشاهدة الإمام. قلنا: نعم، لكن الشرع أهدر اعتباره بقوله تعالى ﴿**فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون**﴾ [النور ١٣] ونقل فيه إجماع الصحابة، وقول المصنف لأنها دليل ظاهر تعليل للواقع من النصوص الدالة على ثبوته بالبينة والإقرار فإنها يثبت بها غير مفتقر إلى هذا المعنى. وحاصله لما تعذر القطع اكتفى بالظاهر، وهو في البينة وفي الإقرار أظهر لأن الإقرار بسبب

زنا، ولهذا يثبت به الغسل، والمكلف ليخرج الصبي والمجنون، والمراد بالملكين ملك النكاح وملك اليمين وبشبهة ملك النكاح ما إذا وطىء امرأة تزوّجها بغير شهود أو بغير إذن مولاها وما أشبهه. وبشبهة ملك اليمين، ما إذا وطىء جارية ابنه أو مكاتبه أو عبده المأذون المديون. وبشبهة الاشتباه ما إذا وطىء الابن جارية أبيه على ظن أنها تحل له. والزنا يثبت بالبينة والإقرار. قال

---

(١) سيأتي في السرقة أو الحدود فيما بعد.

القطعي متعذر، فيكتفي بالظاهر. قال: (فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود على رجل أو امرأة بالزنا) لقوله تعالى: ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ وقال الله تعالى: ﴿ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾ وقال عليه الصلاة والسلام للذي قذف امرأته «ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك» ولأن في اشتراط الأربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب إليه والإشاعة

الحد يستلحق مضرة في البدن ومعرّة في العرض توجب نكاية في القلب فلم يكن الإقدام عليه إلا مع الصدق دفعاً لضرر الآخرة على القول بسقوطه بالحد إن لم يتب وقصداً إلى تحقيق النكاية لنفسه إذ ورطته في أسباب سخط الله تعالى لينال درجة أهل العزم قوله: (فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود) ليس فيهم امرأة (على رجل أو امرأة بالزنا) ويجوز كون الزوج منهم عندنا، خلافاً للشافعي، وهو يقول هو متهم ونحن نقول التهمة ما توجب جرّ نفع. والزوج مدخل بهذه الشهادة على نفسه لحوق العار وخلوّ الفراش، خصوصاً إذا كان له منها أولاد صغار، وإنما كانت الشهود أربعاً لقوله تعالى ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [النساء ١٥] وقال تعالى ﴿ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾ [النور ٤] وأما الحديث الذي ذكره المصنف وهو قوله ﷺ للذي قذف امرأته بالزنا: يعني هلال بن أمية «ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك وإلا فحدّ في ظهرك»[١] فلم يحفظ على ما ذكر، الذي في البخاري أنه عليه الصلاة والسلام قال «البينة وإلا فحدّ في ظهرك»[٢] نعم أخرج أبو يعلى في مسنده: حدثنا مسلم بن أبي مسلم الجرمي، حدثنا مخلد بن الحسين عن هشام عن ابن سيرين عن أنس بن مالك قال: «أول لعان كان في الإسلام أن شريك بن سحماء قذفه هلال بن أمية بامرأته، فرفعته إلى رسول الله ﷺ فقال ﷺ: أربعة شهود وإلا فحدّ في ظهرك»[٣] والمسئلة وهي اشتراط الأربعة قطعية مجمع عليها. ثم ذكر أن حكمة اشتراط الأربعة تحقيق معنى الستر المندوب إليه، واقتصر عليه لنفي قول من قال إن حكمته أن شهادة الزنا تتضمن الشهادة على اثنين وفعل كل واحد يحتاج إلى اثنين فلزمت الأربعة، أما أن فيه تحقيق معنى الستر فلأن الشيء كلما كثرت شروطه قل وجوده، فإن وجوده إذا توقف على أربعة ليس كوجوده إذا توقف على اثنين منها فيتحقق بذلك الاندراء. وأما أنه مندوب إليه فلما أخرج البخاري عن أبي هريرة عنه ﷺ «من نفس عن مسلم كربة من كرب

المصنف: (والمراد ثبوته عند الإمام) وإنما قال كذلك لأن الزنا على التفسير المذكور يثبت بفعلهما ويتحقق في الخارج وإن لم يكن هناك لا بينة ولا إقرار، وإنما انحصر في ذلك لأنه لا يظهر ثبوته بعلم القاضي لأنه ليس بحجة في هذا الباب وكذلك في سائر الحدود الخالصة لقوله تعالى ﴿فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾ وقوله: (معرّة ومضرّة) المضرّة ضرر ظاهر على البدن، والمعرّة ضرر يتصل ببدنه ويسري إلى باطنه من لحوق العار بانتسابه إلى الزنا. وقوله: (فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود) ظاهر. وقوله: (ولأن في اشتراط الأربعة تحقيق معنى الستر) احتراز عن قول من يقول إنما اشترط الأربع لأن الزنا لا يتم إلا باثنين، وفعل كل واحد لا يثبت إلا بشهادة شاهدين فإنه ضعيف، لأن فعل الواحد كما يثبت بشهادة شاهدين كذلك يثبت بها فعل الاثنين، وإنما الصواب أن الله تعالى أحبّ الستر على عباده وشرط زيادة العدد تحقيقاً لمعنى الستر. وقوله: (وهو) أي الستر (مندوب إليه) قال ﷺ «من أصاب منكم من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله» وقال «من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا

---

(١) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/٣٠٦ ووافقه المصنف حيث قال: لم يحفظ على ما ذكر.
وكذا قال ابن حجر في الدراية ٢/٩٤: لم أجده هكذا.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦٧١ و ٤٧٤٧ و ٥٣٠٧ وأبو داود ٢٢٥٤ والترمذي ٣١٧٩ وابن ماجه ٢٠٦٧ والبيهقي ٧/٣٩٣ والبغوي ٢٣٧٠ كلهم من حديث ابن عباس: «أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي ﷺ بشريك بن سَحْماء، فقال النبي ﷺ: البيّنة أو حدٌّ في ظهرك. فقال: يا رسول الله، إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البيّنة؟ فجعل يقول: البينة، وإلا حدٌّ في ظهرك. فذكر حديث اللعان» اهـ هذا لفظ البخاري.

(٣) صحيح. أخرجه النسائي ٦/١٧٢ والطحاوي ٣/١٠١ - ١٠٢ وابن حبان ٤٤٥١ وأبو يعلى ٢٨٢٤ كلهم من حديث أنس مطولاً وفيه: «يا هلال أربعة شهود، وإلا فحدٌّ في ظهرك» وللحديث تتمة، وهو حديث صحيح رجاله ثقات عند النسائي، وأما في مسند أبي يعلى وابن حبان ففي الإسناد مسلم بن أبي مسلم الجرمي فيه كلام لكنه توبع في رواية، النسائي، وشاهده حديث البخاري المتقدم، فهو صحيح.

ضده (وإذا شهدوا سألهم الإمام عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى؟) لأن النبي عليه الصلاة والسلام استفسر ماعزاً عن الكيفية وعن المزنية، ولأن الاحتياط في ذلك واجب لأنه عساه غير الفعل في الفرج عناه أو

الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة، ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه»[(١)] وأخرج أبو داود والنسائي عن عقبة بن عامر عنه ﷺ أنه قال «من رأى عورة فسترها كان كمن أحيا موءودة»[(٢)] وإذا كان الستر مندوباً إليه ينبغي أن تكون الشهادة به خلاف الأولى التي مرجعها إلى كراهة التنزيه لأنها في رتبة الندب في جانب الفعل وكراهة التنزيه في جانب الترك، وهذا يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به، أما إذا وصل الحال إلى إشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لأن مطلوب الشارع إخلاء الأرض من المعاصي والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك، وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين والزجر لهم، فإذا ظهر حال الشره في الزنا مثلاً والشرب وعدم المبالاة به وإشاعته فإخلاء الأرض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للإخلاء وهو الحدود، بخلاف من زنى مرة أو مراراً متستراً متخوّفاً متندماً عليه فإنه محل استحباب ستر الشاهد. وقوله عليه الصلاة والسلام لهزال في ماعز «لو كنت سترته بثوبك»[(٣)] الحديث، وسيأتي كان في مثل من ذكرنا، والله سبحانه أعلم. وعلى هذا ذكره في غير

والآخرة» (والإشاعة ضده) أي إظهار الزنا ضد ستر الزنا، فكان وصف الإشاعة على ضد وصف الستر لا محالة. ثم لما كان الستر أمراً مندوباً إليه كانت الإشاعة أمراً مذموماً (وإذا شهدوا سألهم الإمام عن الزنا ما هو) احترازاً عن الغلط في الماهية (وكيف هو) احترازاً عن الغلط في الكيفية (وأين زنى) احترازاً عنه في المكان ومتى زنى احترازاً عنه في الزمان (وعن المزنية) احترازاً عنه في المفعول به، ويدل على وجوب السؤال عن هذه الأشياء النقل والعقل أما الأوّل فما روى «أن رسول الله ﷺ سأل ماعزاً إلى أن ذكر الكاف والنون»: يعني كلمة نكت لكونه صريحاً في الباب والباقي كناية، وأما العقل فلأن الاحتياط في ذلك واجب لأنه قد كان

قوله: (وإذا شهدوا سألهم الإمام عن الزنا) أقول: أنت خبير بأن سؤال الإمام ليس للاحتراز عن الغلط فيما ذكره بل الغلط مطلوب لدرء الحد، وإنه لا معنى للغلط في المكان والزمان هنا فتأمل قوله: (إلى أن ذكر الكاف والنون) أقول: يعني إلى أن ذكر لماعز الكاف والنون.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٤٤٢ و ٦٩٥١ ومسلم ٢٥٨٠ وأبو داود ٤٨٩٣ وابن حبان ٥٣٣ وأحمد ٢/ ٩١ والبغوي في شرح السُّنة ٣٥١٨ والبيهقي ٦/ ٩٤ و ٨/ ٣٣٠ من طرق كلهم من حديث ابن عمر: «المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يُسلمه ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومن فرّج عن مسلم كُربة فرّج الله تعالى عن كربة من كربات يوم القيامة، ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة» هذا لفظ البخاري ومسلم وغيرهما، وهو من حديث ابن عمر وقد أخرجه مسلم ٢٦٩٩، وأبو داود ٤٩٤٦ والترمذي ١٤٢٥ و ١٩٣٠ وابن ماجه ٢٢٥ وأحمد ٢/ ٢٥٢ ـ ٥٠٠ ـ ٥١٤ والبغوي ١٢٧ وابن حبان ٥٣٤ من طرق عدة كلهم من حديث أبي هريرة. بمثل سياق المصنف، وأتم منه.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٤٨٩١ و ٤٨٩٢ والنسائي في الكبرىٰ كما في التحفة ٧/ ٣٠٧ والطيالسي ١٠٠٥ والبخاري في الأدب المفرد ٧٥٨ وأحمد ٤/ ١٥٣ ـ ١٥٨ والحاكم ٤/ ٣٨٤ وابن حبان ٥١٧ والبيهقي ٨/ ٣٣١ من طرق كلهم عن كعب بن علقمة عن دُخَيْن أبي الهيثم كاتب عقبة بن عامر عن عقبة مرفوعاً، وكعب صدوق روىٰ له مسلم، وغيره كما في التقريب وأما دُخَيْن فقد قال الحافظ في التقريب عنه: ثقة. فالحديث حسن أو صحيح والله أعلم، وباقي رجاله ثقات، وقد توبعوا.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٤٣٧٧ بهذا اللفظ وأحمد ٥/ ٢١٧ والحاكم ٤/ ٣٦٣ من طرق كلهم عن يزيد بن نعيم بن هزال عن أبيه فذكره

قال الحاكم: صحيح. ووافقه الذهبي.

وجاء في نصب الراية ٣/ ٣٠٧: قال في التنقيح ـ ابن عبد الهادي ـ يزيد بن نعيم روىٰ له مسلم، ووثقه ابن حبان، وأبوه نعيم ذكره أيضاً في الثقات لكنه مختلف في صحبته، فإن لم تثبت صحبته فالحديث مرسل اهـ.

وقال ابن حجر في التقريب عن نعيم: صحابي نزل المدينة ما له راوٍ إلا ابنه يزيد.

قلت: وعلى هذا فقد جزم ابن حجر بصحبته، وهو وإن لم يَجْزَمْ بصحبته، فحديثه مقبول لأنه ربما سمع من أبيه هزّال لكنه لم يذكره. وبقية رجاله ثقات كلهم، فالحديث حسن.

زنى في دار الحرب أو في المتقادم من الزمان أو كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية الابن فيستقصي

مجلس القاضي وأداء الشهادة يكون بمنزلة الغيبة فيه يحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها. وأما أن المختار في الحكمة ما ذكره المصنف فلأن شهادة الاثنين كما تكون على فعل واحد تكون معتبرة على أفعال كثيرة، كما لو شهدوا أن هؤلاء الجماعة قتلوا فلاناً ونحوه، فالمعوّل عليه ما ذكره المصنف قوله: (وإذا شهدوا بالزنا سألهم الحاكم) عن خمسة أشياء (عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى) ثم استدل المصنف على وجوب هذه الأشياء بأنه ﷺ استفسر ما عزا عن الكيفية وعن المزنية، ولأن الاحتياط المطلوب شرعاً في ذلك فهذا الوجه يعم الخمسة والسمعي مقتصر على اثنين منها. فحاصله استدلاله على اثنين منها بدليلين وعلى الثلاثة الباقية بدليل واحد. فإن قيل: الكلام في استفسار الشهود فكيف يستدل عليه باستفسار المقرّ وهو ماعز؟ فالجواب أن علة استفساره بعينهما ثابتة في الشهود كما ستسمع فوجب استفسارهم. أما إنه استفسره عن الكيفية ففيما أخرج أبو داود والنسائي وعبد الرزاق في مصنفه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال «جاء الأسلمي نبيّ الله ﷺ فشهد على نفسه أنه أصاب امرأة حراماً أربع مرات، كل ذلك يُعْرَضُ عنه، فأقبل في الخامسة فقال: أنكتها؟ قال نعم، قال: حتى غاب ذلك منك في ذلك منها، قال نعم؟ قال: كما يغيب المرود في المكحلة وكما يغيب الرشاء في البئر؟ قال نعم، قال: فهل تدري ما الزنا؟ قال: نعم أتيت منها حراماً مثل ما يأتي الرجل من امرأته حلالاً، قال: فما تريد بهذا القول؟ قال: أريد أن تطهرني، فأمر به فرجم، فسمع النبي ﷺ رجلين من أصحابه يقول أحدهما لصاحبه انظر إلى هذا الذي ستر الله عليه فلم تدعه نفسه حتى رجم رجم الكلب، فسكت عنهما، ثم سار ساعة حتى مر بجيفة حمار شائل برجله فقال: أين فلان وفلان، فقالا: نحن ذاك يا رسول الله، فقال: إنزلا فكلا من جيفة هذا الحمار، فقالا: ومن يأكل من هذا يا رسول الله؟ قال: فما نلتما من عرض أخيكما آنفاً أشد من الأكل منه، والذي نفسي بيده إنه الآن لفي أنهار الجنة ينغمس فيها»[(1)] وأما استفساره عن المزنية ففيما أخرجه أبو داود عن يزيدبن نعيم بن هزال عن أبيه قال: «كان ماعز بن مالك في حجر أبي فأصاب جارية من: الحي، فقال له أبيّ: ائت رسول الله ﷺ فأخبره بما صنعت لعله يستغفر لك، قال: فأتاه فقال: يا رسول الله إني زنيت فأقم عليّ كتاب الله، فأعرض عنه فعاد حتى قالها أربع مرات، فقال عليه الصلاة والسلام: إنك قد قلتها أربع مرات، فبمن؟ قال بفلانة، قال: هل ضاجعتها، قال نعم، قال: هل باشرتها؟ قال: نعم، قال: هل جامعتها؟ قال: نعم، فأمر به أن يرجم، فأخرج إلى الحرة، فلما وجد مسّ الحجارة خرج يشتد فلقيه عبد الله بن أنيس وقد عجز أصحابه فنزع

الفعل في غير الفرج عناه فلا يكون ماهية الزنا ولا كيفيته موجودة، أو زنى في دار الحرب وهو لا يوجب الحد، أو في المتقادم من الزمان وذلك يسقط الحد، أو كان له في المزنية شبهة لم يطلع عليها الشهود كوطء جارية الابن فيستقصي في ذلك احتيالاً للدرء، فإذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها بيانا لماهيته والمزنى بها كالميل في المكحلة بيان كيفيته وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السرّ والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالاً للدرء، لأن النبيّ ﷺ أمر بذلك وقال «ادرءوا الحدود ما استطعتم» بخلاف سائر الحقوق عند أبي حنيفة حيث اكتفى فيه بظاهر العدالة وهو الإسلام، وتعديل السرّ والعلانية يأتي في

---

(1) ضعيف. أخرجه أبو داود ٤٤٢٨ والنسائي في الكبرىٰ كما في التحفة ١٠/ ١٤٦ وابن الجارود ٨١٤ وعبد الرزاق ١٣٣٤٠ والدارقطني ٣/ ١٩٦ ـ ١٩٧ وابن حبان ٤٣٩٩ والبيهقي ٨/ ٢٢٧ ـ ٢٢٨ كلهم من طريق عبد الرزاق أخبرنا ابن جريج قال أخبرني أبو الزبير أن عبد الرحمن بن الصامت ابن عمّ أبي هريرة أخبره أنه سمع أبا هريرة. . . فذكره هكذا مطولاً. أورده البخاري في التاريخ الكبير ٥/ ٣٦١ وقال: عبد الرحمن ابن الهضهاض ومن هذا الوجه كرره ابن حبان ٤٤٠٠.

وقال البخاري: لا يعرف إلا بهذا الحديث.

وقال النباتي في ذيل الكامل: من لا يُعرف إلا بحديث واحد، ولم يُشهر حاله، في عداد المجهولين اهـ.

وقد اضطرب في اسمه، فتارة: عبد الرحمن بن الصامت وتارة: ابن الهضاب. وتارة: ابن هضاض وتارة ابن الهضهاض راجع ابن حبان بتخريج شعيب الأرناؤوط، وقد حكم بضعفه اهـ راجع نصب الراية ٣/ ٣٠٩ والحديث مشهور بغير هذا السياق.

. . . .

بوظيف بعير فرماه به فقتله، ثم أتى النبي ﷺ فذكر له ذلك فقال: هلا تركتموه لعله أن يتوب فيتوب الله عليه»[1] ورواه عبد الرزاق في مصنفه فقال فيه «فأمر به أن يرجم فرجم، فلم يقتل حتى رماه عمر بن الخطاب بلحي بعيره فأصاب رأسه فقتله» وأما أن في الاستفسار عن الأمور الخمسة الاحتياط فما قال لأنه عساه غير الفعل في الفرج عناه بأن ظن مماسة الفرجين حراماً زنا، أو كان يظن أن كل وطء محرم زنا يوجب الحد فيشهد بالزنا، فلهذا الاحتمال سأله عن الزنا ما هو، ولأنه يحتمل كونه كان مكرهاً ويرى أن الإكراه على الزنا لا يتحقق فيكون مختاراً فيه، كما روي عن أبي حنيفة فيشهد به فلهذا سأله عن كيفيته. وفي التحقيق هو حالة تتعلق بالزاني نفسه، ثم يحتمل كون المشهود عليه زنى في دار الحرب وليس فيه حدّ عندنا فلهذا سألهم أين زنى، ويحتمل كونه في زمان متقادم ولا حدّ فيه إذا ثبت بالبينة أو في زمن صباه فلهذا سألهم متى زنى، وحدّ التقادم سيأتي، ثم يحتمل كون المزني بها ممن لا يحد بزناها وهم لا يعلمون كجارية ابنه أو كانت جاريته أو زوجته ولا يعلمها الشهود كما قال المغيرة حين شهد عليه كيف حل لهؤلاء أن ينظروا في بيتي وكانت في بيت أحدهم كوّة يبدو منها للناظر ما في بيت المغيرة، فاجتمعوا عنده فشهدوا، وقال المغيرة: والله ما أتيت إلا امرأتي، ثم إن الله تعالى درأه عنه بعدم قول زياد وهو الرابع رأيته كالميل في المكحلة فحدّ عمر رضي الله عنه الثلاثة ولم يحده لأنه ما نسب إليه الزنا، بل قال رأيت قدمين مخضوبتين وأنفاساً عالية ولحافاً يرتفع وينخفض[2] وهو لا يوجب الحد. وأخرج عبد الرزاق في تفسيره بسنده عن عمر رضي الله عنه ثم سألهم أن يتوبوا فتاب اثنان فقبلت شهادتهما، وأبى أبو بكرة أن يتوب فكانت شهادته لا تقبل حتى مات وعاد مثل العضو من العبادة[3] اهـ. فلهذا يسألهم عن المزني بها من هي، وقياسه في الشهادة على زنا امرأة أن يسألهم عن الزاني بها من هو، فإن فيه أيضاً الاحتمال المذكور وزيادة، وهو جواز كونه صبياً أو مجنوناً إن مكنت أحدهما فإنه لا يجب عليه في ذلك حدّ على قول أبي حنيفة، ولو سألهم فلم يزيدوا على قولهم أنهما زنيا لم يحد المشهود عليه ولا الشهود لأنهم شهدوا بالزنا ولم ولم يثبت قذفهم لأنهم لم يذكروا ما ينفي كون ما ذكروه زنا ليظهر قذفهم لغير الزاني بالزنا. بخلاف مالو وصفوه بغير صفته فإنهم يحدون، وصار كما لو شهد أربعة فساق بالزنا لا يقضي بشهادتهم ولا يحدون لأنهم باقون على شهادتهم غير أنهم لا يقبلون.

وعلى هذا لو أقام القاذف أربعة من الفساق على صدق مقالته يسقط به الحد عندنا، بخلاف ما لو شهد ثلاثة وأبى الرابع

الشهادات إن شاء الله تعالى. قال في الأصل: (يحبسه حتى يسأل عن الشهود) لأنه لو خلى سبيله هرب فلا يظفر به بعد ذلك، ولا وجه لأخذ الكفيل منه لأن أخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعاً فيما بنى على الدرء. فإن قيل: الاحتياط في الحبس أظهر. أجيب بأن حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير للاتهام بالجناية وقد صح أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً بالتهمة والفرق بينه

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٤١٩ من حديث يزيد بن نعيم بن هزّال عن أبيه. وفيه هشام بن سعد صدوق له أوهام لكن روى له مسلم كما في التقريب، وله شواهد فهو حسن. ورواه عبد الرزاق في مصنفه من حديث أبي هريرة كما في نصب الراية ٣/ ٣٠٨ فجعل الذي رماه أخيراً هو عمر والله أعلم.

(٢) موقوف جيد. أخرجه الطحاوي ٢/ ٢٨٦ ـ ٢٨٧ وابن أبي شيبة ١١/ ٨٥ والبيهقي ٨/ ٣٣٤ ـ ٣٣٥ من طرق عن أبي عثمان النهدي قال: «شهد أبو بكرة ونافع وشبل على مغيرة، فجاء زياد فقال له عمر: هل رأيت المِرْوَدَ في المكحلة؟ قال: لا. قال: فأمر بهم فجلِدوا» ورواية قال زياد: «رأيت منكرا» ورواه عبد الرزاق ٢٠١٠ عن ابن المسيب وأخرجه الحاكم ٣/ ٤٤٨ ـ ٤٤٩ مطولاً من وجه آخر عن عبد العزيز بن أبي بكرة فذكره بأتم منه، وسكت عليه هو والذهبي وذكره الهيثمي في المجمع ٦/ ٢٨٠ وقال: رواه الطبراني من حديث أبي عثمان النهدي ورجاله رجال الصحيح.
وانظر تلخيص الحبير ٤/ ٦٣ ونصب الراية ٣/ ٣٤٥

(٣) مرسل قوي. أخرجه عبد الرزاق في تفسيره ٢٠٠٩ عن الزهري مرسلاً باختصار، وكذا الطبري ١٨/ ٦١.
وأخرجه عبد الرزاق في تفسيره ٢٠١٠ بسنده عن ابن المسيب بتمامه وآخره: وكان ـ أي أبو بكرة ـ قد عاد مثل النِّضْلِ من العبادة.
تنبيه: وبهذا يعلم ما وقع في آخر سياق المصنف ابن الهمام لفظ: مثل العضو. بأنه تصحيف.

في ذلك احتياطاً للدرء (فإذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدّلوا في السرّ والعلانية حكم بشهادتهم) ولم يكتف بظاهر العدالة في الحدود احتيالاً للدرء، قال عليه الصلاة والسلام «ادرؤا الحدود ما استطعتم» بخلاف سائر الحقوق عند أبي حنيفة. وتعديل السرّ والعلانية نبينه في الشهادات إن شاء الله تعالى. قال في الأصل: يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله ﷺ رجلاً بالتهمة، بخلاف الديون

فإن الشهادة على الزنا قذف، لكن عند تمام الحجة يخرج عن أن يكون قذفا، فلما لم يتم بامتناعه بقي كلام الثلاثة قذفا فيحدون، ولو شهدوا فسألهم فبين ثلاثة ولم يزد واحد على الزنا لا يحد، وما وقع في أصل المبسوط من أن الرابع لو قال إنه زان فسئل عن صفته فلم يصفه أنه يحد حمل على أنه قاله للقاضي في مجلس غير المجلس الذي شهد فيه الثلاثة قوله: (وإذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة) وهي بضم الميم والحاء، وهو حاصل جواب السؤال عن كيفية الزنا في الحقيقة، وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السرّ، بأن يبعث ورقة فيها أسماؤهم وأسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة، والعلانية بأن يجمع بين المعدل والشاهد فيقول هذا هو الذي عدلته حكم بشهادتهم وهو الحكم بوجوب حده، وهذا ما وعد المصنف بيانه في الشهادات، وبقي شرط اخر وهو آن يعلم أن الزنا حرام مع ذلك كله، ونقل في اشتراط العلم بحرمة الزنا إجماع الفقهاء ولم يكتف بظاهر العدالة وهو كونه مسلماً لم يظهر عليه فسق كما اكتفى بها أبو حنيفة في الأموال احتيالاً للدرء. ولما كان لزوم هذا على الحاكم موقوفاً على ثبوت إيجاب الدرء ما أمكن استدل عله بما رواه أبو يعلى في مسنده من حديث أبي هريرة عنه ﷺ «ادرءوا الحدود ما استطعتم»[1] ورواه الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها عنه عليه الصلاة والسلام قال «ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان لها مخرج فخلوا سبيله، فإن الأمام أن يخطيء في العفو خير أن يخطيء في العقوبة»[2] قال الترمذي: لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد

. . . .

قوله: (أجيب بأن حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير) أقول: ولا يخفى عليك أن المستفاد من تعليل الحبس بقوله لأنه لو خلى سبيله هرب هو أن يكون الحبس احتياطاً لا تعزيراً فليتأمل.

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٥٤٥ وأبو يعلىٰ ٦٦١٨ كلاهما من حديث أبي هريرة.
قال البوصيري في الزوائد: فيه إبراهيم بن الفضل المخزومي ضعفه أحمد، ويحيىٰ، والبخاري، وغيرهم.

(٢) ضعيف. أخرجه الترمذي ١٤٢٤ والحاكم ٤/ ٣٨٤ والدارقطني ٣/ ٨٤ والبيهقي ٨/ ٢٣٨ كلهم من حديث عائشة. ومداره علىٰ يزيد الدمشقي.
قال الترمذي: ورواه وكيع عن يزيد الدمشقي موقوفاً علىٰ عائشة، ورواية وكيع أصح، ويزيد الدمشقي ضعيف
وقال الحاكم: صحيح الإسناد. ورده الذهبي بقوله: يزيد بن زياد الدمشقي متروك قاله النسائي وأخرجه الدارقطني ٣/ ٨٤ والبيهقي ٨/ ٢٣٨ كلاهما من حديث علي مرفوعاً، وفيه مختار بن نافع قال البيهقي: منكر الحديث قاله البخاري.
وأخرجه البيهقي ٨/ ٢٣٨ بسند جيد عن ابن مسعود موقوفاً.
وفي الباب عن معاذ، وابن مسعود، وعقبة بن عامر عند الدارقطني في ٣/ ٨٤ والبيهقي ٨/ ٢٣٨ موقوفاً عليهم، وكذا قال الترمذي: قد روي نحو هذا عن غير واحد من الصحابة موقوفاً عليهم.
وجاء في تلخيص الحبير ٤/ ٥٦: ورواه ابن حزم عن عمر موقوفاً بإسناد صحيح. وأصح ما فيه أنه عن ابن مسعود موقوفاً اهـ.
وانظر نصب الراية ٣/ ٣٣٣
الخلاصة: الحديث واه لشدة ضعف رواته، والراجح وقفه، ولعل بعض الضعفاء وهم فيه، فجعله مرفوعاً.
فائدة: قال البهاء المقدسي في العدة شرح العمدة ص ٥٥٢: قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الحدود تدرأ بالشبهات اهـ.

حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة، وسيأتيك الفرق إن شاء الله تعالى. قال: **(والإقرار أن يقرّ البالغ العاقل على نفسه بالزنا أربع مرات في أربعة مجالس من مجالس المقر، كلما أقر رده القاضي)** فاشتراط البلوغ والعقل لأن قول الصبي والمجنون غير معتبر أو غير موجب للحد. واشتراط الأربع مذهبنا، وعند الشافعي يكتفي بالإقرار مرة واحدة اعتباراً بسائر الحقوق. وهذا لأنه مظهر، وتكرار الإقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة. ولنا حديث ماعز «فإنه عليه الصلاة والسلام أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات في أربعة مجالس» فلو ظهر بما دونها لما أخرها لثبوت الوجوب ولأن الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد، فكذا الإقرار إعظاماً لأمر الزنا وتحقيقاً لمعنى

ويزيد ضعيف. وأسند في علله عن البخاري يزيد منكر الحديث ذاهب، وصححه الحاكم وتعقبه الذهبي به. قال البيهقي: والموقوف أقرب إلى الصواب، ولا شك أن هذا الحكم وهو درء الحد مجمع عليه وهو أقوى، وكان ذكر هذه ذكراً لمستند الإجماع. واعلم أن القاضي لو كان يعلم عدالة الشهود لا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لأن علمه يغنيه عن ذلك وهو أقوى من الحاصل له من تعديل المزكى، ولولا ما ثبت من إهدار الشرع علمه بالزنا في إقامة الحد بالسمع الذي ذكرناه لكان يحدّه بعلمه، لكن ثبت ذلك هناك ولم يثبت في تعديل الشهود إهدار علمه بعدالتهم فوجب اعتباره قوله: **(قال في الأصل)** أي قال إذا زصف الشهود الأشياء المذكورة يحبس القاضي المشهود عليه بالزنا إلى أن يسأل عن عدالة الشهود لأنه متهم وقد يهرب، ولا وجه لأخذ الكفيل منه لأن أخذ الكفيل نوع احتياط وليس بمشروع فيما يندرىء بالشبهات. فإن قيل: الاحتياط في الحبس أظهر منه في أخذ الكفيل أجاب بأن حبسه ليس للاحتياط بل هو تعزير له لأنه صار متهماً بالفواحش بشهادة هؤلاء وإن لم يثبت الزنا الموجب للحد بعد، وحبس المتهمين تعزيراً لهم جائز، بخلاف ما إذا شهدوا بالدين لا يحبس المشهود عليه به قبل ظهور عدالة الشهود لأن أقصى العقوبات بعد ثبوت العدالة والقضاء بموجب الشهادة الحبس فلا يجوز أن يفعله قبل ثبوت الحق، بخلاف ما هنا فإن بعد الثبوت عقوبته أغلظ، وهذا هو الفرق الذي وعده المصنف بقوله وسيأتيك الفرق. وأما قوله حبس رسول الله ﷺ رجلا بالتهمة، فأخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جدّه معاوية بن حيدة «أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً في تهمة» زاد الترمذي والنسائي «ثم خلى عنه» [١] حسنه الترمذي وصححه الحاكم، وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عراك بن مالك قال: «أقبل رجلان من بني غفار حتى نزلا بضجنان من مياه المدينة وعندهما ناس من غطفان معهم ظهر لهم، فأصبح الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من إبلهم واتهموا الغفاريين، فأتوا بهم رسول الله ﷺ فحبس أحد الغفاريين وقال للآخر: إذهب فالتمس فلم يك إلا يسيراً حتى جاء بهما، فقال النبي ﷺ لأحد الغفاريين: استغفر لي، فقال: غفر الله لك يا رسول الله، فقال عليه الصلاة والسلام: ولك وقتلك في سبيله، قال: فقتل يوم اليمامة» [٢] قوله: **(والإقرار أن يقرّ العاقل البالغ على نفسه بالزنا أربع مرات)** قدم الثبوت بالبينة لأنه المذكور في القرآن، ولأن الثابت بها أقوى حتى لا

وبين المديون سيأتي إن شاء الله تعالى. قال: **(والإقرار أن يقرّ العاقل البالغ)** صورة المسئلة ظاهرة على ما ذكره قوله: **(اعتباراً بسائر الحقوق)** يعني في سائر الحقوق العدد معتبر في الشهادة دون الإقرار فكذلك ههنا. وقوله: **(بخلاف زيادة العدد في الشهادة)**

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٦٣٠ والترمذي ١٤١٧ والنسائي ٨/ ٦٧ والحاكم ٤/ ١٠٢ والبيهقي ٦/ ٥٣ كلهم عن بهز بن حكيم بن معاوية بن حيدة عن أبيه عن جده رووه مختصراً. وطوّله أحمد في مسنده ٥/ ٢ ـ ٤ قال الترمذي: حديث حسن، وقد ورد مطولاً.
وقال الحاكم: صحيح. ووافقه الذهبي.
والصواب أنه حسن للاختلاف في سلسلة بهز بن حكيم، وأنها من نوع الحسن عند الأكثر.

(٢) مرسل جيد. رواه عبد الرزاق بسند صحيح كما في نصب الراية ٣/ ٣١١ عن عراك بن مالك بهذا اللفظ.
وعراك تابعي ثقة، وبقية رواته ثقات.

الستر، ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا، ولأن لاتحاد المجلس أثراً في جمع المتفرقات؛ فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الإقرار، والإقرار قائم بالمقرّ فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي، والاختلاف بأن يرده القاضي كلما أقرّ فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروى عن أبي حنيفة، لأنه عليه الصلاة والسلام طرد ماعزاً في كل مرة

يندفع الحد بالفرار ولا بالتقادم، ولأنها حجة متعدية والإقرار قاصر، ولا بد من كونه صريحاً ولا يظهر كذبه، ولذا قلنا لو أقرّ الأخرس بالزنا بكتابة أو إشارة لا يحدّ للشبهة بعدم الصراحة، وكذا الشهادة عليه لا تقبل لاحتمال أن يدعي شبهة كما لو شهدوا على مجنون أنه زنى في حال إفاقته، بخلاف الأعمى صح إقراره والشهادة عليه، وكذا الخصيّ والعنين، وكذا لو أقر فظهر مجبوباً أو أقرّت فظهرت رتقاء، وذلك بأن تخبر النساء بأنها رتقاء قبل الحد، وذلك لأن إخبارهن بالرتق يوجب شبهة في شهادة الشهود يندرىء الحد. ولو أقر أنه زنى بخرساء أو أقرت أنها زنت بأخرس لا حدّ على واحد منهما. واختلف في اشتراط تعدد الإقرار فنفاه الحسن وحماد بن أبي سليمان ومالك والشافعي وأبو ثور، واستدلوا بحديث العسيف[1] حيث قال فيه «واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[2] ولم يقل أربع مرات، ولأن الغامدية لم تقرّ أربعاً[3] وإنما ردّ ماعزا لأنه شك في أمره فقال له أبك جنون. وذهب كثير من العلماء إلى اشتراط الأربع. واختلفوا في اشتراط كونها في أربعة مجالس من مجالس المقر، فقال به علماؤنا ونفاه ابن أبي ليلى وأحمد فيما ذكر عنه، واكتفوا بالأربع في مجلس واحد. وما في الصحيحين ظاهر فيه وهو ما عن أبي هريرة قال: «أتى رجل من المسلمين رسول الله ﷺ وهو في المسجد فقال: يا رسول الله إني زنيت، فأعرض عنه، فتنحى تلقاء وجهه فقال: يا رسول الله إني زنيت، فأعرض عنه حتى بين ذلك أربع مرات، فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله ﷺ فقال: أبك جنون؟ قال: لا، هل أحصنت؟ قال: نعم، فقال ﷺ: اذهبوا به فارجموه، فرجمناه بالمصلى، فلما أذلقته الحجارة هرب، فأدركناه بالحرة فرجمناه»[4] فهذا ظاهر في أنه كان في مجلس واحد. قلنا: نعم هو ظاهر فيه لكن أظهر منه في إفادة أنها في مجالس ما في صحيح مسلم عن أبي بريدة «أن ماعزاً أتى النبي ﷺ فرده ثم أتاه الثانية من

يعني انها تفيد زيادة في طمانينة القلب، وتكرار الكلام ليس كذلك. ولنا حديث ماعز «فإنه جاء إلى رسول الله ﷺ وقال زنيت فطهرني، فأعرض عنه، فجاء إلى الجانب الآخر وقال مثل ذلك فأعرض عنه، فجاء إلى الجانب الثالث وقال مثل ذلك فأعرض عنه، فجاء إلى الجانب الرابع وقال مثل ذلك، فلما كان في المرة الرابعة قال النبي ﷺ: الآن أقررت أربعاً فبمن زنيت قال بفلانة.

---

(١) العسيف: الأجير.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧٢٤ و ٢٦٩٥ و ٢٦٤٩ و ٦٨٣١ و ٦٦٣٣ و ٢٣١٤ و ٦٨٤٢ و ٦٨٣٥ و ٧١٩٣ و ٧٢٦٠ ومسلم ١٦٩٧ من وجوه وأبو داود ٤٤٤٥ والترمذي عقب حديث ١٤٣٣ والنسائي ٨/ ٢٤٠ . ٢٤١ . ٢٤٢ والدارمي ٢٢٣١ وابن ماجه ٢٥٤٩ والشافعي ٢/ ٧٨ . ٧٩ ومالك ٢/ ٨٨٢ والحميدي ٨١١ وابن الجارود ٨١١ وعبد الرزاق ١٣٣٠٩ و ١٣٣١٠ وابن حبان ٤٤٣٧ والطحاوي ٣/ ١٣٥ . ١٣٤ والبغوي ٢٥٧٩ والترمذي ١٤٣٣ وأحمد ٤/ ١١٥ . ١١٦ والبيهقي ٨/ ٢١٩ . ٢٢٢ والطبراني ٥١٩٠ و ٥١٩٥ و ٥١٩٦ و ٥١٩٩ و ٥٢٠٠ من طرق كثيرة كلهم من حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني قالا: «إن رجلاً من الأعراب أتى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله. أنشدك الله إلا قضيتَ لي بكتاب الله، فقال الخصم الآخر. وكان أفقه منه. نعم اقض بيننا بكتاب الله، وأذَنْ لي، فقال رسول الله ﷺ: قل. قال: إن ابني كان عسيفاً على هذا فزنى بامرأته وإني أخبرت أن على ابني الرجم، فافتديت منه بمائة شاة ووليدة، فسألت أهل العلم، فأخبروني أن على ابني جلد مائة وتغريب عام، وأن على امرأة هذا الرجم، فقال رسول الله ﷺ والذي نفسي بيده لأقضينَّ بينكما بكتاب الله الوليدة والغنم ردٌّ عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام، واغدُ يا أُنَيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها. قال: فغدا عليها، فاعترفت، فأمر بها رسول الله ﷺ، فَرُجمتْ» وفي لفظ للبخاري ومسلم زادا: «قالوا: فعلق رجمها باعترافها، ولم يشترط الأربع».

وفي رواية زاد سفيان عند أهل السنن شبلاً مع زيد الجهني وأبي هريرة.

واللفظ الذي سقته للبخاري، ومسلم وغيرهما، ورواه بعضهم مع تغُيّر يسير.

(٣) حديث الغامدية سيأتي وحديث ماعز هو الآتي.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٦٨١٥ ومسلم ١٦٩١ ح ١٦ والبيهقي ٨/ ٢١٩ وأحمد ٢/ ٤٥٣ كلهم من حديث أبي هريرة.

حتى توارى بحيطان المدينة. قال: (فإذا تم إقراره أربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى وبمن زنى، فإذا

الغد فرده ثم أرسل إلى قومه فسألهم هل تعلمون بعقله بأسا؟ فقالوا ما نعلمه إلا وفيّ العقل من صالحينا، فأتاه الثالثة فأرسل إليهم أيضا فسألهم فأخبروه أنه لا بأس به ولا بعقله، فلما كان الرابعة حفر له حفر فرجمه»[1] وأخرج أحمد وإسحق بن راهويه في مسنديهما وابن أبي شيبة في مصنفه قال: حدثنا وكيع عن إسرائيل عن جابر عن عامر عن عبد الرحمن بن أبزى عن أبي بكر رضي الله عنه قال «أتى ماعز بن مالك النبي ﷺ فاعترف وأنا عنده مرة فرده، ثم جاء فاعترف عنده الثانية فرده، ثم جاء فاعترف عنده الثالثة فرده، فقلت له: إن اعترفت الرابعة رجمتك، قال: فاعترف الرابعة فحبسه، ثم سأل عنه فقالوا: لا نعلم إلا خيرا، فأمر به فرجم»[2] فصرح بتعداد المجيء، وهو يستلزم غيبته، ونحن إنما قلنا إنه إذا تغيب ثم عاد فهو مجلس آخر. وروى ابن حبان في صحيحه من حديث أبي هريرة قال «جاء ماعز ابن مالك إلى النبي ﷺ فقال: إن الأبعد زنى، فقال له: ويلك وما يدريك ما الزنا فأمر به فطرد وأخرج، ثم أتاه الثانية فقال مثل ذلك فأمر به فطرد وأخرج، ثم أتاه الثالثة فقال مثل ذلك فأمر به فطرد وأخرج، ثم أتاه الرابعة فقال مثل ذلك فقال: أدخلت وأخرجت؟ قال نعم، فأمر به أن يرجم»[3] فهذه وغيرها مما يطول ذكره ظاهر في تعدد المجالس، فوجب أن يحمل الحديث الأول عليها وأن قوله فتنحى تلقاء وجهه معدود مع قوله الأول إقراراً واحداً لأنه في مجلس واحد. وقوله حتى بين ذلك أربع مرات: أي في أربعة مجالس فإنه لا ينافي ذلك، وقد دلت الأحاديث على تعدد المجالس فيحمل عليه. وأما الكلام مع المكتفين بمرة واحدة؛ فأما كون الغامدية لم تقرّ إلا مرة واحدة فممنوع، بل أقرت أربعاً يدل عليه ما عند أبي داود والنسائي قال: كان أصحاب رسول الله ﷺ يتحدثون أن الغامدية وماعز بن مالك لو رجعا بعد اعترافهما لم يطلبهما، وإنما رجمهما بعد الرابعة[4]. فهذا نص في إقرارها أربعاً، غاية ما في الباب أنه لم ينقل تفاصيلها، والرواة كثيراً ما يحذفون بعض صورة الواقعة. على أنه روى البزار في مسنده عن زكريا بن سليم: حدثنا شيخ من قريش عن عبد الرحمن بن أبي بكر عن أبيه فذكره، وفيه «أنها أقرت أربع مرات وهو يردها، ثم قال لها: اذهبي

قال لعلك قبلتها لعلك باشرتها، فأبى إلا أن يقرّ بصريح الزنا، فقال أبك خبل أبك جنون» وفي رواية «بعث إلى أهله فقال هل تنكرون من عقله شيئاً؟ فقالوا: لا، فسأل عن إحصانه فأخبر أنه محصن، فأمر برجمه» وعن أبي بريدة قال: كنا نتحدث في أصحاب رسول الله ﷺ أن ماعزاً لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقرّ لم يرجمه رسول الله ﷺ. فهذا يدل على أن هذا الحكم كان متعارفاً فيما بينهم. ووجه الاستدلال بحديث ماعز ما أشار إليه بقوله فإنه أخر الإقامة. وبيانه أن رسول الله ﷺ أخر إقامة الحدّ إلى أن تم الإقرار أربع مرات، فلو كان الإقرار مرة واحدة كافياً لم يؤخر لأن إقامة الحدّ عند ظهوره واجبة، وتأخير الواجب لا يظن

قوله: (فإن قال قائل إذا لم يثبت الحد بإقراره إلخ) أقول: هذه معارضة.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٩٥ وأبو داود ٤٤٣٣ و ٤٤٤٢ وأحمد ٥/ ٣٤٧ . ٣٤٨ كلهم من حديث بريدة

(٢) ضعيف. أخرجه أحمد ١/ ٨ وأبو يعلى ٤٠٠ وإسحق وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٣١٤ وكرره أبو يعلى مختصراً ٤١ وكذا البزار ١٥٥٤ كلهم من حديث أبي بكر الصديق، وإسناده واهٍ.

قال الهيثمي في المجمع ٦/ ٢٦٦: وكذا رواه الطبراني في الأوسط إلا أنه قال: «ثلاث مرات، وفي أسانيدهم كلها جابر بن يزيد الجعفي، وهو ضعيف»

(٣) تقدم تخريجه في ٢/ ٢١٥ وفيه قصة جيفة الحمار. وإسناده ضعيف.

(٤) حسن. أخرجه أبو داود ٤٤٣٤ والطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١٤٣ . ١٤٤ وكذا النسائي كما في نصب الراية ٣/ ٣١٣. ولعله في الكبرى. كلهم عن عبد الله بن بريدة عن أبيه بهذا اللفظ، وإسناده حسن.

فيه بشير بن مهاجر روى له مسلم وغيره لكن قال الحافظ في التقريب: صدوق في حديثه لين اهـ.

تنبيه: وسقط اسم الصحابي عند المصنف، وكذا في نصب الراية. لكن في نصب الراية عطفه على حديث لبريدة فأغنى عن تكراره.

بين ذلك لزمه الحد) لتمام الحجة، ومعنى السؤال عن هذه الأشياء بيناه في الشهادة، ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان، وذكره في الشهادة لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار. وقيل لو سأله جاز لجواز أنه زنى في صباه **(فإن رجع المقرّ عن إقراره قبل إقامة الحدّ أو في وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله)** وقال الشافعي وهو قول ابن أبي ليلى: يقيم عليه

حتى تلدي»[1] الحديث غير أن فيه مجهولاً تتميز جهالته بما يشهد له من حديث أبي داود والنسائي. وأما كونه ردّ ماعزاً أربع مرات كان لاسترابته في عقله، فإن سلم لا يتوقف علم ذلك على الأربع، والثلاثة موضوعة في الشرع لإبلاء الأعذار كخيار الشرط جعل ثلاثاً لأن عندها لا يعذر المغبون، والمرتد يستحب أن يؤخر ثلاثاً ليراجع نفسه في شبهته، فلو لم تكن الأربعة عدداً معتبراً في اعتبار إقراره لم يؤخر رجمه بعد الثالثة، ومما يدل على ذلك ترتيبه ﷺ الحكم عليها وهو مشعر بعليتها، وكذا الصحابة، فمن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام في حديث هزال «إنك قد قلتها أربعاً فبمن زنيت» وهو حديث أخرجه أبو داود والنسائي والإمام أحمد عن يزيد بن نعيم عن هزال عن أبيه قال «كان ماعز بن مالك في حجر أبي فأصاب جارية من الحيّ، فقال له أبي: ائت رسول الله ﷺ» الحديث المتقدم. وزد فيه أحمد. قال هشام: فحدثني يزيد بن نعيم عن أبيه «أن رسول الله ﷺ قال له حين رآه: والله يا هزال لو كنت سترته بثوبك لكان خيراً لك مما صنعت به»[2] قال صاحب التنقيح: إسناده صالح، ويزيد بن نعيم روى له مسلم وذكره ابن حبان في الثقات وأبوه نعيم ذكر في الثقات أيضاً وهو مختلف في صحبته. وقد روى ترتيبه ﷺ على الأربع جماعة بألفاظ مختلفة: فمنها ما ذكرنا، ومنها في لفظ لأبي داود عن ابن عباس «إنك قد شهدت على نفسك أربع مرات»[3] وفي لفظ لابن أبي شيبة «أليس أنك قد قلتها أربع مرات» وتقدم في مسند أحمد عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال له بحضرته ﷺ «إن اعترفت الرابعة رجمك»[4] إلا أن في إسناده جابراً الجعفي، وكونه روى في الصحيح أن ردّه مرتين أو ثلاثاً فمن اختصار الراوي، وإلا فلا شك أنه أقرّ أربعاً. وقوله في ذلك اللفظ «شهدت على نفسك» يؤنس منه أنه اعتبر الإقرار بالشهادة، فكما أوجب سبحانه في الشهادة على الزنا أربعا على خلاف المعتاد في غيره فكذا يعتبر في إقراره إنزالاً لكل إقرار منزلة شهادة

برسول الله ﷺ. فإن قال قائل: إذا لم يثبت الحد بإقراره مرة واحدة فقد اعترف بوطء لا يوجب الحد فيجب المهر. وإذا وجب المهر لا يجب الحد من بعد لأن المهر والحدّ لا يجتمعان في وطء واحد. أجيب بأن الإقرار أربع مرات لما اعتُبر حجة لإثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالإقرار مرة واحدة، وإنما الحكم موقوف. فإن تمت الحجة وجب الحد، وإن لم تتم وجب المهر. فإن قيل: إنما أعرض النبي ﷺ لأنه استراب في عقله فقد جاء أشعث أغير متغير اللون إلا أنه لما أصرّ على الإقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك، ثم أزال الشبهة بالسؤال فقال أبك خبل أبك جنون. أجيب أما تغير الحال فإنه دليل التوبة والخوف من الله تعالى لا دليل الجنون، وإنما قال النبي ﷺ أبك جنون تلقينا لما يدرأ به الحد كما قال لعلك قبلت وطئتها ليرجع عن الزنا إلى الوطء بشبهة فيسقط الحد عنه، وكما قال للسارق أسرقت ما إخاله سرق، والدليل عليه ماروي أن أبا بكر رضي عنه قال لماعز لما

---

(١) حسن لشواهده قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣١٥ أخرجه البزار في مسنده من حديث أبي بكرة وفيه رجل مجهول حيث قال في الإسناد: عن شيخ من قريش. لكن قال ابن الهمام تزول جهالته بشاهده الذي تقدم قبله عن بريدة اهـ.
قلت: وله شاهد عن أنس. ذكره الهيثمي في المجمع ٦/ ٢٥٢ وقال: رواه البزار من حديث أنس، ورجاله ثقات إلا أن الأعمش لم يسمع من أنس، وقد رآه اهـ. لكن ليس فيه لفظ: «يردُّها» وإنما فيه: «اعترفت من الزنا أربع مرات، وهي حبلى...» الحديث.
ولفظ: يردُّها. مردود بما في الصحيحين حيث قالت: «لعلك تريد أن تردني كما رددت ماعزاً» اهـ.
والصواب: أنها اعترفت أربع مرات في مجلس واحد كما هو ظاهر في الروايات المتقدمة والله أعلم، وهذا هو الذي يوافق رواية الصحيحين، وأما الرد الوارد فلأجل أن تضع، ثم ترضع ولدها.

(٢) تقدم تخريجه في ١/ ٢١٥ وإسناده حسن.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٤٤٢٦ من حديث ابن عباس ورجاله ثقات إلا أن فيه سماك بن حرب صدوق تغير بآخرة كما في التقريب، وهو من رجال مسلم. وفي الجملة الحديث حسن لشواهده.

(٤) تقدم قبل قليل من حديث أبي بكر، وإسناده واهٍ فيه جابر الجعفي اتهمه أبو حنيفة.

الحد لأنه وجب الحد بإقراره فلا يبطل برجوعه وإنكاره كما إذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف. ولنا أن الرجوع خبر محتمل للصدق كالإقرار وليس أحد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة في الإقرار، بخلاف ما فيه حق العبد وهو

واحد، ولو لم يكن ذلك لكان النظر والقياس يقتضيه، وإذن فقوله في حديث العسيف «فإن اعترفت فارجمها»[١] معناه الاعتراف المعهود في الزنا بناء على أنه كان معلوماً بين الصحابة خصوصاً لمن كان قريباً من خاصة رسول الله ﷺ وبين الصحابة، هذا، ونقل من حديث أبي هريرة في استفسار ماعز أنه رجمه بعد الخامسة، وتأويله أنه عدّ آحاد الأقارير فإن فيها إقرارين في مجلس واحد كما قدمنا في الجمع فكانت خمسا. فإن قيل: يجوز كون رده ليرجع. قلنا: ينبغي أن يلقنه بالرجوع ولكن في مجلس الإقرار الموجب، ولو كان الإقرار الموجب هو الأول للقنه بعده لا أنه يطلقه مختاراً في إطلاقه ليذهب، وقد لا يرجع هكذا يوماً بعد يوم، وهذا لما علمت أن الإقامة مخاطب بها الإمام بالنص إذا ثبت السبب عنده فيحرم عليه أن لا يفعله وإلا فات المقصود من الإيجاب، غير أنه إذا رجع قبل رجوعه فإيجاب السبب مقيد بعدم الرجوع قبل الإقامة، وهذا لا يوجب جواز رده وإخراجه ليذهب ويرجع وقد لا يرجع بل يذهب إلى حال سبيله وهو مصرّ على الإقرار، غير أنه يقول في نفسه إن الإقرار بهذا الحق لا يوجب شيئاً على الإمام فيجلس في بيته مصراً على إقراره غير راجع عنه خصوصاً في زمن لم تعرف فيه تفاصيل هذه الأحكام للناس بعد. وأما ما روى «أن الغامدية قالت له عليه الصلاة والسلام: أتريد أن تردني كما رددت ماعزا؟ والله إني لحبلى من الزنا»، فليس فيه دليل لأحد بل لما قالته. قال: «أما لا فاذهبي حتى تلدي، فلما ولدت أتته بصبيّ في خرقة فقالت هذا قد ولدته، قال: فاذهبي فأرضعيه حتى تفطميه، فلما فطمته أتته بالصبيّ في يده كسرة خبز قالت: هذا يا نبيّ الله قد فطمته وقد أكل الطعام، فدفع الصبيّ إلى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها وأمر الناس أن يرجموها فرجموها، فنقل خالد بن الوليد بحجر فرمى رأسها فنضح الدم على وجه خالد فسبها، فسمع النبيُّ ﷺ سبه إياها فقال: مهلاً يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له»[٢] ما ليس في هذا أنه اعتبر قولها فلم يردها، غاية الأمر أنه ردها وغياه إلى ولادتها، ثم ردها إلى فطامها لاتفاق الحال بأن تثبت مع ثبوت حكم الرد مطلقاً سبب ظاهر في خصوص هذا الرد، ولعلها كلما رجعت إليه يصدر منها ما هو إقرار، إذ لا بد أن يقع في مجلسها شيء مما هي بصدده، هذا لو لم يكن ما تقدم مما يفيد أن إقرارها كان أربعا، غير أنه لما كان المجلس جامعاً للمتفرقات حتى يعد الواقع فيه واحداً وكان المقام مقام الاحتياط في الدرء اعتبر في الحكم بتعدد الأقارير بعدد مجالس المقرون القاضي لأنه الذي به يتحقق الإقرار وبه فارق الشهادة. فإن الأربع فيها اعتبر في مجلس واحد، حتى لو جاءوا في مجالس حدوا لأنها كلام جماعة حقيقية فلا يمكن اعتبارها واحداً، بخلاف إقرار المقر فإنه من واحد فأمكن فيه اعتبار الاتحاد في اتحاد المجالس فاعتبر كذلك عند الإمكان تحقيقاً للاحتياط. وأما ما قيل إن اشتراط الأربع في الشهادة لأن الشاهد يتهم بخلاف المقرّ فالتهمة بعد العدالة

أقرّ ثلاثاً إن أقررت الرابعة رجمك، فثبت أن هذا العدد كان ظاهراً عندهم. وقوله: (ولأن الشهادة) دليل معقول يتضمن الجواب عن اعتباره بسائر الحقوق. وتقريره أن سائر الحقوق ليس نصاب الشهادة فيه أربعة ونصابها هنا ذلك، فلما كانت إحدى الحجتين مختصة بزيادة ليست في سائر الحقوق فكذلك في الحجة الأخرى إعظاماً لأمر الزنا وتحقيقاً لمعنى الستر، ولا بد من اختلاف

قال المصنف: (ولأن الشهادة، إلى قوله: لأمر الزنا) أقول: ليس فيه إثبات للتقدير بالقياس بل إثبات الزيادة على الواحد بلا تعيين عدد إذ بذلك يتم نفي مذهب الشافعي فتأمل.

---

(١) حديث العسيف. أي الأجير تقدم مستوفياً، وهذا بعضه راجعه قبل عشرة أحاديث.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٩٥ ح ٢٣ بهذا السياق وأتم وح ٢٢ مع حديث ماعز. وأبو داود ٤٤٤٢ وأحمد ٥/ ٣٤٨ والدارمي ٢٢٣٨ كلهم من حديث بريدة.

القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه، ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع **(ويستحب للإمام أن يلقن المقرّ الرجوع فيقول له لعلك لمست أو قبلت)** لقوله عليه الصلاة والسلام لماعز «لعلك لمستها أو قبلتها» قال في الأصل: وينبغي أن يقول له الإمام لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة، وهذا قريب من الأول في المعنى.

والصلاح ممنوعة بل لا شك في الصدق وأصل التعدد، وإنما لزم حتى لزم الاثنان لإمكان النسيان فيذكره الآخر لا للتهمة وزوالها بالآخر، ويشترط في النساء كذلك أيضاً بالنص، قال تعالى: **﴿فتذكر إحداهما الأخرى﴾** [البقرة ٢٨٢] غير أن المرأة إنما تخالط المرأة لا الرجل الأجنبي فلزمت الأخرى لتذكرها قوله: **(لأنه عليه الصلاة والسلام طرد ماعزاً في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة)** لا يعرف بهذا اللفظ، وأقرب الألفاظ إليه ما ذكرنا من حديث ابن حبان أنه طرد وأخرج فارجع إليه قوله: **(فإذا بين ذلك)** أي على وجه لا يتضمن دافعاً للحد لزمه الحد، ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان فلا يقول متى زنيت، وذكره في الشهادة لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار، وهذا السؤال لتلك الفائدة، فإذا لم يكن التقادم مسقطاً لم يكن في السؤال عنه فائدة. ووجه الفرق بين الشهادة والإقرار في ذلك سيذكره المصنف في باب الشهادة على الزنا، وهذا بخلاف سؤال بمن زنيت لأنه قد يبين من لا يحد بوطئها كما ذكرنا في جارية ابنه، بخلاف ما لو قال في جوابه لا أعرف التي زنيت بها فإنه يحد لأنه أقر بالزنا، ولم يذكر ما يسقط كون فعله زنا بل تضمن إقراره أنه لا ملك له في المزنية لأنه لو كان لعرفها لأن الإنسان لا يجهل زوجته وأمته. والحاصل أنه إذا أقرّ أربع مرات أنه زنى بامرأة لا يعرفها يحد، وكذا إذا أقرّ أنه زنى بفلانة وهي غائبة يحد استحساناً لحديث العسيف أنه حدّه، ثم أرسل إلى المرأة فقال: فإن اعترفت فارجمها [1]، ولأن انتظار حضورها إنما هو لاحتمال أن تذكر مسقطاً عنه وعنها، ولا يجوز التأخير لهذا الاحتمال كما لا يؤخر إذا ثبت بالشهادة لاحتمال أن يرجع الشهود لأن كلاً منهما شبهة الشبهة وبه لا يندرىء الحد، ولو أقر أنه زنى بفلانة وكذبته وقالت لا أعرفه لا يحدّ الرجل عند أبي حنيفة، وقالا يحد، وعلى هذا الخلاف إذا أقرت أنها زنت بفلان فأنكر فلان تحدّ هي عندهما لا عنده قوله: **(وقال الشافعي: يقيم عليه الحد)** وهو قول ابن أبي ليلى، والمسطور في كتبهم أنه لو رجع قبل الحد أو بعدما أقيم عليه بعضه سقط. وعن أحمد كقولنا. وعن مالك في قبول رجوعه روايتان، فاستغنينا عن تحرير دليل الشافعي، وعلى تقديره فقوله كما إذا وجب بالشهادة تحرير الجامع فيه أنه إنكار بعد الثبوت، كما لو فرض أنهم شهدوا عليه وهو ساكت، فلما سألهم الحاكم الأسئلة الخمسة

المجالس لما روينا من أنه ﷺ أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات في أربعة مجالس **(ولأن لاتحاد المجلس أثراً في جمع المتفرّقات، فعنده)** أي عند الاتحاد **(تتحقق شبهة الاتحاد في الإقرار)** ألا ترى إلى ما جاء في حديث ماعز من إقراره خمس مرات وكان منها مرتان في جهة واحدة فلم نعتبر ذلك ولم يذهب إليه أحد من المجتهدين **(والإقرار قائم بالمقرّ فيعتبر اتحاد مجلسه)** في دفع الحد، وفي بعض النسخ فيعتبر اختلاف مجلسه أي في وجوب الحد، وقيل يعتبر مجلس القاضي، وردّه المصنف بقوله دون مجلس القاضي. وقوله: **(والاختلاف بأن يرده القاضي)** ظاهر. وقوله: **(لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار)** دليله أن التقادم في الشهادة مانع لتهمة الحقد وهي غير موجودة في الإقرار، وسيأتي بيان التقادم في باب الشهادة على الزنا. وقوله: **(كما إذا وجب بالشهادة)** يعني أن الحد لا يبطل بإنكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه، فكذا لا يبطل بإنكاره بعد الإقرار لأنهما حجتان فيه فتعتبر إحداهما بالأخرى فصار كالقصاص وحدّ القذف لا يقبلان الرجوع بعد الثبوت بالإقرار. وقوله: **(فتتحقق الشبهة**

قال المصنف: **(وقيل لو سأله جاز إلخ)** أقول: قال الزيلعي: والأصح أنه يسأله لاحتمال أنه زنى في صباه.

---

(١) حديث العسيف تقدم مستوفياً قبل عدة أحاديث رواه الجماعة وهذا بعضه.

. . . .

وتمت الحجة أنكر، ولا يخفي أنه تكلف. والحق أن الرجوع عن الإقرار بالزنا بعد الإقرار به محل وصحته شرعاً حكم، فيجب كون المحل الذي هو الأصل رجوعاً عن إقرار بغيره وهو ليس ممتنعاً في الشهادة. نعم في القصاص وحد القذف: يعني لو أقرّ بهما ثم رجع لا يقبل، فكذا لا يقبل في الزنا. ولنا أن الرجوع خبر يحتمل الصدق، وليس أحد يكذبه فيه فتتحقق به الشبهة في الإقرار السابق عليه فيندرىء بالشبهة لأنه أرجح من الإقرار السابق فافهم، بخلاف ما فيه حق العبد من القصاص وحدّ القذف لأن العبد يكذبه في إخباره الثاني فينعدم أثره في إخباره الأول بالكلية قوله: (ويستحب للإمام أن يلقن المقرّ الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام لماعز «لعلك لمستها») روى في حديث ماعز «لعلك مسستها لعلك قبلتها»[1] وعند البخاري «لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت»[2] وقال في الأصل: ينبغي أن يقول له: لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة، والمقصود أن يلقنه ما يكون ذكره دارئاً للحد ليذكره كائناً ما كان كما قال أيضاً عليه الصلاة والسلام للسارق الذي جيء به إليه «أسرقت وما إخاله سرق»[3].

في الإقرار) يعني بالتعارض الواقع بين الخبرين المحتملين للصدق والكذب من غير مرجح لأحدهما. وقوله: (وهذا قريب من الأول في المعنى) أي قوله لعلك تزوجتها ووطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستها في المعنى من حيث أن كل واحد منهما تلقين للرجوع، كما أنه لو قال في كل واحد منهما نعم سقط الحد.

---

(١) ضعيف. هذا السياق عند الحاكم ٤/ ٣٦١ من حديث ابن عباس.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣١٦: سكت عنه الحاكم وتعقبه الذهبي في مختصره، فقال: فيه حفص بن عمر العدني ضعفوه اهـ.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٨٢٤ وأبو داود ٤٤٢٧ وأحمد ١/ ٢٣٨. ٢٧٠ كلهم من حديث ابن عباس قال: «لما أتى ماعزُ بن مالك النبيَّ ﷺ قال له: لعلّك قبّلت، أو غمزتَ، أو نظرت؟ قال: لا يا رسول الله قال: أنِكْتَها؟ . لا يكني. قال: فعند ذلك أمر برجمه».
هذا لفظ البخاري، وغيره.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٤٣٨٠ والنسائي ٨/ ٦٧ والدارمي ٢٢١٨ وابن ماجه ٢٥٩٧ وأحمد ٥/ ٢٩٣ كلهم من طريق أبي المنذر عن أبي أمية المخزومي في باب التلقين في الحد. بأتم منه، وسيأتي في السرقة قال ابن حجر في التقريب: أبو المنذر هذا مقبول اهـ وقال أبو داود: ورواه عمرو بن عاصم عن همام عن إسحق بن عبدالله عن أبي أمية رجل من الأنصار مرفوعاً، وفيه «قال لِلِصِّ أُتي به ولم يوجد معه متاع «ما إخالك سرقت» قال بلى. فأعادها عليه ثلاثاً فأمر به فَقُطِع. . .» الحديث.

فصل في كيفية الحدّ وإقامته

(وإذا وجب الحدّ وكان الزاني محصناً رجمه بالحجارة حتى يموت) «لأنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزاً وقد أحصن». وقال في الحديث المعروف «وزناً بعد إحصان» وعلى هذا إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم.

فصل في كيفية إقامة الحدّ

بعد ثبوت الحد تكون إقامته فذكر كيفيته قوله: (وإذا وجب الحد وكان الزاني محصناً) هذا من الأحرف التي جاء الفاعل منها على مفعل بفتح العين، يقول أحصن يحصن فهو محصن في ألفاظ معدودة هي أسهب فهو مسهب إذا طال وأمعن في الشيء، ومنه قول المصنف في خطبة الكتاب معرضاً عن هذا النوع من الإسهاب، وقيل لابن عمر: ادع الله لنا، فقال: أكره أن أكون من المسهبين، بفتح الهاء. وألفج بالفاء والجيم: افتقر فهو ملفج، الفاعل والمفعول فيه سيان، ويقال بكسرها أيضاً إذا أفلس وعليه دين قوله: (رجمه بالحجارة حتى يموت) عليه إجماع الصحابة ومن تقدم من علماء المسلمين، وإنكار الخوارج الرجم باطل لأنهم إن أنكروا حجية إجماع الصحابة فجهل مركب بالدليل بل هو إجماع قطعي، وإن أنكروا وقوعه من رسول الله ﷺ لإنكارهم حجية خبر الواحد فهو بعد بطلانه بالدليل ليس مما نحن فيه، لأن ثبوت الرجم عن رسول الله ﷺ متواتر المعنى كشجاعة عليّ وجود حاتم والآحاد في تفاصيل صوره وخصوصياته. أما أصل الرجم فلا شك فيه، ولقد كوشف بهم عمر رضي الله عنه وكاشف بهم حيث قال: خشيت أن يطول بالناس زمان حتى يقول قائل لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله، ألا وإن الرجم حق على من زنى وقد أحصن إذا قامت البينة و كان الحبل أو الاعتراف[1]، رواه البخاري. وروى أبو داود أنه خطب وقال: إن الله تعالى بعث محمداً ﷺ بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها، ورجم رسول الله ﷺ ورجمنا من بعده. وإني خشيت أن يطول بالناس زمان فيقول قائل لا نجد الرجم، الحديث. وقال: لولا أن يقال إن عمر زاد في الكتاب لكتبتها على حاشية المصحف[2]. وفي الحديث المعروف[3] أي المشهور المروى من حديث عثمان وعائشة وأبي هريرة وابن مسعود، ففي الصحيحين من حديث ابن مسعود «لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة»[4] وروى الترمذي عن عثمان أنه أشرف

فصل في كيفية الحدّ وإقامته

ذكر هذا الفصل عقيب ذكر وجوب الحدّ، لأن إقامة الحد بعد وجوبه وقوعاً فأخره ذكراً وكلامه واضح. وقوله: (وعلى هذا

فصل في كيفية الحدّ وإقامته

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٨٢٩ و ٦٨٣٠ ومسلم ١٦٩١ ومالك ٢/ ٨٢٣ وأبو داود ٤٤١٨ وعبد الرزاق ١٣٣٢٩ والدارمي ٢٢٣٦ وأحمد ١/ ٤٠ وابن ماجه ٣٥٥٣ وأبو يعلى ١٥١ من طرق كلهم عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس عن عمر به.

(٢) جيد. هذا اللفظ عند أبي داود ٤٤١٨ أيضاً من حديث عبيد الله بن عتبة عن ابن عباس، وإسناده جيد ورواه مالك ٢/ ٨٢٤ عن ابن المسيب عن عمر بنحوه، وآخره بمثله. ورواته ثقات كلهم.

(٣) ساقه المرغيناني صاحب الهداية بلفظ: «وزنا بعد إحصان».

فقال الزيلعي ٣/ ٣١٧: ورد من حديث عثمان وعائشة وأبي هريرة، ثم ذكر الزيلعي هذه الأحاديث مع حديث ابن مسعود دون حديث أبي هريرة، واكتفى بأن صدّره في أول الباب في خبر رجم ماعز، فلم يكرره. وقد تقدم تخريج حديث أبي هريرة.

(٤) صحيح. أخرجه ٦٨٧٨ ومسلم ١٦٧٦ من وجوه وأبو داود ٤٣٥٢ والترمذي ١٤٠٢ والنسائي ٧/ ٩٠ وابن ماجه ٢٥٣٤ والدارمي ٢٣٥٦ والطيالسي ٢٨٩ وابن أبي شيبة ١١/ ٤٥/ ٢ والحميدي ١١٩ والدارقطني ٣/ ٨٢ وابن حبان ٤٤٠٧ و ٤٤٠٨ و ٤٩٧٦ و ٥٩٧٧ وأبو يعلى ٥٢٠٢ وأحمد ١/ ٣٨٢ . ٤٢٨ . ٤٤٤ . ٤٦٥ والبيهقي ٨/ ١٩ . ١٩٤ . ٢٠٢ . ٢١٣ من طرق كثيرة كلهم من حديث ابن مسعود زاد مسلم، والنسائي، وابن حبان، وغيرهما في أوله: «والذي لا إله غيره لا يحل دم امرىء مسلم يشهد أن لا إله إلا الله، وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث...» الحديث.

قال: (**ويخرجه إلى أرض فضاء ويبتدىء الشهود برجمه ثم الإمام ثم الناس**) كذا روي عن عليّ رضي الله تعالى عنه، ولأن الشاهد قد يتجاسر على الأداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بداءته احتيال للدرء. وقال الشافعي رحمه الله: لا تشترط بداءته اعتباراً بالجلد. قلنا: كل أحد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكاً والإهلاك غير مستحق، ولا كذلك

عليهم يوم الدار وقال: أنشدكم بالله أتعلمون أن رسول الله ﷺ قال «لا يحل دم امرىء إلا بإحدى ثلاث: زنا بعد إحصان، وارتداد بعد إسلام، وقتل نفس بغير حق، قالوا: اللهم نعم، قال فعلام تقتلوني»[1] الحديث. قال الترمذي: حديث حسن. ورواه الشافعي في مسنده عن عثمان، «لا يحل دم امرىء مسلم إلا من إحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحصان، وقتل نفس بغير نفس» ورواه البزار والحاكم وقال: صحيح على شرط الشيخين والبيهقي وأبو داود والدارمي[2]، وأخرجه البخاري عن فعله ﷺ من قول أبي قلابة حيث قال: «والله ما قتل رسول الله ﷺ أحداً قط إلا في ثلاث خصال: رجل قتل بجريرة نفسه فقتل، ورجل زنى بعد إحصان، ورجل حارب الله ورسوله وارتد عن الإسلام»[3]. ولا شك في رجم عمر وعليّ رضي الله عنهما. ولا يخفى أن قول المخرّج حسن أو صحيح في هذا الحديث يراد به المتن[4] من حيث هو واقع في خصوص ذلك السند، وذلك لا ينافي الشهرة وقطعية الثبوت بالتظافر والقبول. والحاصل أن إنكاره إنكار دليل قطعي بالاتفاق، فإن الخوارج يوجبون العمل بالمتواتر معنا أو لفظاً كسائر المسلمين، إلا أن انحرافهم عن الاختلاط بالصحابة والمسلمين وترك التردد إلى علماء المسلمين والرواة أوقعهم في جهالات كثيرة لخفاء السمع عنهم والشهرة، ولذا حين عابوا على عمر بن عبد العزيز القول بالرجم لأنه ليس في كتاب الله ألزمهم بأعداد الركعات ومقادير الزكوات، فقالوا: ذلك لأنه فعله رسول الله ﷺ والمسلمون، فقال لهم: وهذا أيضاً فعله هو والمسلمون قوله: (ويخرجه إلى أرض فضاء) لأن في الحديث الصحيح قال «فرجمناه» يعني ماعزاً بالمصلى.

إجماع الصحابة) أي على وجوب الرجم إذا كان الزاني محصناً، وذهب الخوارج إلى أن الحد في الزنا الجلد ليس إلا لأنهم لا يقبلون أخبار الآحاد، وذلك خرق منهم للأجماع، على أن حديث ماعز مشهور تلقته الأمة في الصدر الأول بالقبول، والزيادة على

قوله: (وعلى هذا، إلى قوله: على أن حديث ماعز رضي الله عنه) أقول: في المبسوط: أما الرجم فهو حد مشروع في حق المحصن ثابت بالسنة، إلا على قول الخوارج فإنهم ينكرون الرجم لأنهم لا يقبلون الأخبار إذا لم تكن في حيز التواتر اهـ. فالشارح إن أراد بقوله على أن حديث ماعز إلخ الرد على الخوارج كما هو الظاهر ففيه بحث لا يخفى قال المصنف: (**ويبتدىء الشهود برجمه إلخ**) أقول: في المبسوط: لكنا نستدل بحديث علي كرم الله وجهه، فإنه لما أراد أن يرجم شراحة الهمدانية قال: الرجم رجمان: رجم سر، ورجم علانية، فرجم العلانية أن يشهد على المرأة في بطنها وتعترف بذلك فيبدأ به الإمام ثم الناس؛ ورجم السر أن يشهد أربعة على الرجل بالزنا فيبدأ الشهود ثم الإمام ثم الناس اهـ. وفي محيط السرخسي بعد هذا الكلام: وقول الصحابي فيما لا يدرك بالقياس حجة بالإجماع اهـ.

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٤٥٠٢ والترمذي ٢١٥٨ وابن ماجه ٢٥٣٣ وابن الجارود ٨٣٦ والطيالسي ٧٢ وأحمد ١/ ٦١ . ٦٢ . ٦٥ . ٧٠ والحاكم ٤/ ٣٥٠ والدارمي ٢/ ٢٢ والبيهقي ٨/ ١٨ كلهم عن أبي أمامة بن سهل عن عثمان في خبر يوم الدار. وإسناده حسن مصححه الحكم على شرطهما وأخرجه أحمد ١/ ٦٣ والنسائي ٧/ ١٠٣ كلاهما من حديث ابن عمر، وإسناده غير قوي لأن فيه مطر الوراق لكن توبع في روايات أخرى.
وأخرجه النسائي ٧/ ٩٢ من رواية أبي أمامة وعبد الله بن عامر بن ربيعة قالا: «كنا مع عثمان، وهو محصور فذكراه...» ولحديث عثمان شاهد أيضاً من حديث عائشة اهـ. وأما حديث عائشة، فأخرجه الطيالسي ١٤٧٤ والنسائي ٧/ ٩١ . ٩٠ وأبو داود ٤٣٥٣ وأحمد ٦/ ١٨١ . ٢٠٥ . ٢١٤ وأبو يعلى ٤٦٧٦ و ٤٧٦٨ من طرق كلهم من حديث عائشة، وإسناده جيد رجاله ثقات، وشواهده تقدمت، فهو صحيح.

(٢) تقدم في الذي قبله مستوفياً.

(٣) مرسل صحيح. أخرجه البخاري ٦٨٩٩ عن أبي قلابة وهو تابعي ثقة، فذكره في أثناء خبر طويل مسند فيه ذكر القسامة، وخبر عُكل، وقصتهم معروفة، وحديثهم أسنده أبو قلابة عن أنس.

(٤) مراد المصنف قول الترمذي عن حديث عثمان: إنه حسن. وما ذهب إليه المصنف ابن الهمام صواب، فله شواهد في الصحيحين ذكرت بعضها.

. . . .

وفي مسلم وأبي داود «فانطلقنا به إلى بقيع الغرقد» لأن المصلى كان به. لأن المراد مصلى الجنائز فيتفق الحديثان. وأما ما في الترمذي من قوله «فأمر به في الرابعة فأخرج إلى الحرّة فرجم بالحجارة»[١] فإن لم يتأوّل على أنه اتبع حين هرب حتى أخرج إلى الحرة وإلا فهو غلط لأن الصحاح والحسان متظافرة على أنه إنما صار إليها هارباً أنه ذهب إليها ابتداء ليرجم بها، ولأن الرجم بين الجدران يوجب ضرراً من بعض الناس لبعض للمضيق قوله: (**ويبتدىء الشهود برجمه ثم الإمام ثم الناس**) وهذا شرط، حتى لو امتنع الشهود عن الابتداء سقط الحد عن المشهود عليه ولا يحدون هم لأن امتناعهم ليس صريحاً في رجوعهم. ولو كان ظاهراً فيه ففيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتل وإن كان بحق كما تراه في المشاهد من امتناع بعض الناس من ذبح الحيوان الحلال للأكل والأضحية بل ومن حضورها، فكان امتناعهم شبهة في درء الحد عن المشهود عليه، وهذا الاحتمال شبهة في امتناع الحد عنهم. وقيل يحدون والأول رواية المبسوط. وقال الشافعي رحمه الله ليس شرطاً اعتباراً بالجلد: يعني إذا ثبت الحد بالشهادة على غير المحصن لا يشترط في إقامة الحد ابتداء الشهود. وأجاب المصنف بالفرق بأن الجلد لا يحسنه كل أحد، فقد يقع لعدم الخبرة مهلكا وهو غير مستحق، بخلاف الرجم فإن المقصود منه الإهلاك فلا يلزم من عدم اشتراط ابتدائهم بالجلد عدمه في الرجم وهذا دفع لإلحاقه. وإما إثبات المذهب فبقول عليّ رضي الله عنه بناء على وجوب تقليد الصحابي، فإن قوله في ذلك ليس مما يدرك بالعقل معناه ليحمل على السماع لأنه علله بأن امتناعهم دلالة الرجوع، فإن الشاهد ربما يتساهل في الأداء، فعند مباشرة القتل يتعاظم ذلك فيندفع الحد بتحقق هذه الدلالة. وهذا هو قول المصنف لأنه دلالة الرجوع. وقول بعضهم إنه شبهة الرجوع حقيقة والرجوع شبهة فاحتماله شبهة الشبهة وبما لا يندرىء الحدّ على ما عرف وسيأتي، إنما يصح بناء على أن الامتناع من الابتداء ليس ظاهراً في الرجوع بل يحتمله احتمالاً مرجوحاً. فإن الغالب على الناس خور الطباع عن القتل حتى يمتنع كثير عن ذبح المباح كالأضحية والدجاجة فكيف بالأعلى، فالامتناع عن قتله لا يكون ظاهراً في الرجوع، بل ظاهر فيما هو الغالب وهو عدم قتل الإنسان فكان في الامتناع شبهة الرجوع لا دلالته، وهو غلط لأنا لم نشترط الابتداء بقتله بل برميه، حتى لو رماه بحصاة صغيرة حصل الشرط فامتناعه عن مثل ذلك دليل رجوعه، لكنه دليل فيه شبهة فإنه أمارة لا يقطع بوجود المدلول معه فكان ثبوت الرجوع عند الامتناع فيه شبهة، والرجوع الذي فيه شبهة رجوع بخلاف شبهة الرجوع واحتماله. لا يقال: احتمال الرجوع رجوع والرجوع شبهة، لأن الثابت شبهة في الشهادة لا شبهة الشبهة فيها، وحين لزم كون الثابت بالامتناع رجوعاً فيه شبهة كان الثابت قذفاً فيه شبهة، بخلاف صريح

الكتاب بمثله جائزة.

---

(١) يجدر في هذا المقام أن أسرد أقوى الروايات الواردة في رجم ماعز رضي الله عنه، وعن صحابة رسول الله ﷺ. حديث أبي هريرة. أخرجه البخاري ٦٨١٥ ومسلم ١٦٩٢ وأحمد ٢/ ٤٥٣ والبيهقي ٨/ ٢١٩.

حديث جابر. أخرجه البخاري ٦٨٢٠ ومسلم ١٦٩٢ وأبو داود ٤٤٣٠ والترمذي ١٤٢٩ والدارمي ٢٢٢٩ وأحمد ٣/ ٣٢٣.

حديث جابر بن سمرة. أخرجه مسلم ١٦٩٣ وأبو داود ٤٤٢٢ والدارمي ٢٢٣٠ وأحمد ٥/ ٨٦ ـ ٩٩ ـ ١٠٢ ـ ١٠٣.

حديث أنس: أخرجه البخاري ٦٨٢٣.

حديث ابن عباس. أخرجه البخاري ٦٨٢٤ ومسلم ١٦٩٣ وأبو داود ٤٤٢٥ و ٤٤٢٦ و ٤٤٢٧ وأحمد ١/ ٢٤٥. وحديث أبي سعيد. أخرج مسلم ١٦٩٤ وأبو داود ٤٤٣١ وأحمد ٣/ ٢ ـ ٣.

حديث بريدة. أخرجه مسلم ١٦٩٥ وأبو داود ٤٤٣٣ و ٤٤٤٢ وأحمد ٥/ ٣٤٧ ـ ٣٤٨.

حديث نعيم بن هزّال. أخرج أبو داود ٤٤١٩ وأحمد ٥/ ٢١٦.

وفي الباب روايات، وله طرق وشواهد، فهو حديث مشهور بل متواتر على مذهب السيوطي وغيره.

الرجم لأنه إتلاف. (فإن امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد) لأنه دلالة الرجوع، وكذا إذا ماتوا أو غابوا في ظاهر

الرجوع فإن به يظهر أن تلك الشهادة قذف بلا شبهة فيحدّ به هناك ولا يحدّ بدلالة الرجوع إذا لم تكن دلالة قطعية يوجد معها المدلول قطعاً لثبوت الشبهة في القذف على ما ذكرنا. وأما ثبوت ذلك عن عليّ رضي الله عنه فما أخرج ابن أبي شيبة رحمه الله قال: حدثنا عبد الله بن إدريس عن يزيد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى أن علياً كان إذا شهد عنده الشهود على الزنا أمر الشهود أن يرجموا ثم يرجم هو ثم يرجم الناس، فإذا كان بإقرار بدأ هو فرجم ثم رجم الناس بعده(١). قال: وحدثنا أبو خالد الأحمر عن الحجاج عن الحسن بن سعد عن عبد الرحمن بن عبدالله بن مسعود عن عليّ رضي الله عنه قال: أيها الناس إن الزنا زناءان زنا السرّ، وزنا العلانية، فزنا السرّ أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمي ثم الإمام ثم الناس، وزنا العلانية أن يظهر الحبل أو الاعتراف فكون الإمام أول من يرمى، قال: وفي يده ثلاثة أحجار فرماها بحجر فأصاب صدغها فاستدارت ورمى الناس بعده، وروى الإمام أحمد في مسنده عن الشعبي قال: كان لشراحة زوج غائب بالشام وأنها حبلت، فجاء بها مولاها فقال: إن هذه زنت، فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وحفر لها إلى السرّة وأنا شاهد، ثم قال: الرجم سنة سنها رسول الله ﷺ، ولو كان شهد على هذه أحد لكان أوّل من يرمي الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته حجره، ولكنها أقرّت فأنا أول من يرميها فرماها بحجر ثم رماها الناس. ورواه البيهقي عن الأجلح عن الشعبي عن عليّ، وفيه «أنه قال لها لعله وقع عليك وأنت نائمة، قالت لا، قال فلعله استكرهك، قالت لا، قال: فأمر بها فحبست، فلما وضعت ما في بطنها أخرجها يوم الخميس فضربها مائة وحفر لها يوم الجمعة في الرحبة وأحاط الناس بها» الحديث وفيه أيضاً «أنه صفهم ثلاث صفوف ثم رجمها ثم أمرهم فرجم صف ثم صف»(٢). وأورد أن إثبات اشتراط البداءة بهذا زيادة على النص بما هو دون خبر الواحد، وإصلاح الإيراد أنه تقييد للقطعي المطلق فكان كتقييد مطلق الكتاب به. والجواب أن الحكم القطعي هنا هو مجموع وجوب الرجم ودرئه بالشبهة، فإذا دل دليل ظني على أن البداءة شرط لزم أن عدمها شبهة فيندرىء به الحد بحكم القطع بوجوب دره هذا الحكم القطعي بالشبهة، وموت الشهود مسقط أو أحدهم، وكذا إذا غابوا أو غاب أحدهم في ظاهر الرواية، وهو

وقوله: (فإن امتنع الشهود) قال في الإيضاح: ولو امتنع الشهود أو بعضهم أو كانوا غيبا أو ماتوا أو مات بعضهم أو عمي بعضهم أو خرس أو جن أو ارتد أو قذف فحد لم يرجم المشهود عليه في قول أبي حنيفة ومحمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف. وروي عنه أنهم إذا امتنعوا أو غابوا رجم الإمام ثم الناس، وكذا في الذخيرة أيضاً، فعلى هذا ما قيده بظاهر الرواية راجع إلى امتناع الشهود عن الرجم بعد الحضور الخ، وليس بمختص بقوله وكذا إذا ماتوا أو غابوا، وإذا سقط بامتناع

قوله: (وإحدى الروايتين عن أبي يوسف) أقول: ولم يذكر عن أبي يوسف رواية غير هذه قوله: (فعلى هذا ما قيده بظاهر الرواية إلخ) أقول: في المبسوط: وعن أبي يوسف قال: يؤمر الشهود بالبداية إذا كانوا حاضرين حتى إذا امتنعوا لا يقام الرجم، فإذا ماتوا أو غابوا يقام الرجم هنا لأنه قد تعذر البداية بهم بسبب لا يلحقهم فيه تهمة فلا يمتنع إقامة الرجم كما لو كانوا مقطوعي الأيدي أو مرضى أو عاجزين عن الحضور، بخلاف ما لو امتنعوا لأنهم صاروا متهمين بذلك ولكنا نقول حين كانوا مقطوعي الأيدي في الابتداء لم يستحق البداية بهم للتعذر، فأما هنا فقد استحق البداية بهم لتيسر ذلك عن الحكم، فإذا تعذر ذلك بالموت أو الغيبة لا يقام الحد كما لو تعذر بامتناعهم اهـ. ونحن نقول: فعلى هذا التقييد بظاهر الرواية مختص بقوله وكذا إذا ماتوا أو غابوا كما هو الظاهر المتبادر من كلامه اقتداء بما في المبسوط

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ٣٢٠ وإسناده جيد. وأما الطريق الآخر ففيه حجاج بن أرطاة ضعيف. لكن شاهده يقويه، ومن طريق ابن أبي شيبة رواه الطحاوي ٣/ ١٤٠ باختصار، وإسناده صحيح عن علي.

(٢) موقوف جيد. أخرجه أحمد ١/ ١٢١ والبيهقي ٨/ ٢٢٠ بطوله واختصره الطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١٤٠ كلهم عن الشعبي عن علي والقصة واحدة، وإسناده جيد.

وتوبيع الشعبي فقد أخرجه الطحاوي ٣/ ١٤٠ في كتاب معاني الآثار من وجه آخر عن حبة العوفي لكن فيه اختصار وحبة هذا صاحب علي.

الرواية لفوات الشرط (وإن كان مقرّاً ابتدأ الإمام ثم الناس) كذا روي عن عليّ رضي الله عنه. ورمى رسول الله ﷺ الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا (ويغسل ويكفن ويصلي عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام في ماعز «اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم» ولأنه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصاً «وصلى النبيّ عليه الصلاة

احتراز عن رواية عن أبي يوسف أن بداءتهم مستحبة لا مستحقة، فإذا امتنعوا أو غابوا أو ماتوا يقيم الحد، وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج عن أهلية الشهادة، كما لو ارتدّ أحدهم أو عمي أو خرس أو فسق أو قذف فحدّ لا فرق في ذلك بين كونه قبل القضاء أو بعده قبل إقامة الحدّ، لأن الإمضاء من القضاء في الحدود، وهذا إذا كان محصناً. وفي غير المحصن قال الحاكم في الكافي: يقام عليه الحد في الموت والغيبة، ولو كان أحدهم مقطوع اليدين أو مريضاً لا يستطيع الرمي وحضروا يرمي القاضي، ولو قطعت بعد الشهادة امتنعت الإقامة. وقد يقال: إذا كان شرطاً ففوات الشرط كيف كان يمنع المشروط. وأيضاً عجزهم بالضعف ليس فوق عجزهم بالموت، إلا أن شمس الأئمة فرق بأنهم إذا كانوا مقطوعي الأيدي لم تستحق البداءة بهم، وأما ههنا فقد استحقت، فإذا تعذر بالموت أو الغيبة صار كما لو امتنعوا، وهذا تقييد لشرطيته بكون الشهود قادرين على الرجم، ولا شك أن المعنى المسقط يجمعها. ومما يبطل الشهادة ويسقط الحدّ أن يعترف المشهود عليه بالزنا قبل القضاء بالاتفاق، ولو اعترف بعد القضاء بالحد عن البينة مرة يسقطه أبو يوسف، لأن سقوطه في الوجه الأول كان لأن شرط الشهادة عدم الإقرار ففات الشرط قبل العمل بها، وقد علم أن الإمضاء في الحدود فكان كالأول، وخالف محمد رحمه الله قوله: (وإن كان مقراً يبدأ الإمام ثم الناس) كذا روي عن علي رضي الله عنه وهو ما ذكرناه آنفاً[(١)]. وقوله ورمى عليه الصلاة والسلام الغامدية حصاة مثل الحمصة. رواه أبو داود عن زكريا بن عمران قال: سمعت شيخاً يحدّث عن أبي بكرة عن أبيه «أن النبيّ ﷺ رجم الغامدية فحفر لها إلى السرة» ثم ذكر إسناداً آخر وزاد «ثم رماها بحصاة مثل الحمصة ثم قال: ارموا واتقوا الوجه، فلما طفئت أخرجها وصلى عليها»[(٢)] ورواه النسائي والطبراني والبزار وفيه مجهول: وأنت تعلم أنه لو تمّ أمر هذا الحديث بالصحة لم يكن فيه دليل على الاشتراط، فالمعوّل عليه ما ذكرنا من كلام عليّ رضي الله عنه. واعلم أن مقتضى هذا أنه لو امتنع الإمام لا يحل للقوم رجمه ولو أمرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم، وهو منتف برجم ماعز، فإن القطع بأنه عليه الصلاة والسلام لم يحضره بل رجمه الناس عن أمره عليه الصلاة والسلام. ويمكن الجواب بأن حقيقة ما دل عليه قول على أنه يجب على الإمام أن يأمرهم بالابتداء اختباراً لثبوت دلالة الرجوع وعدمه، وأن يبتدىء هو في الإقرار لينكشف للناس أنه لم يقصر في أمر القضاء بأن لم يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد، فإذا امتنع حينئذ ظهرت أمارة الرجوع فامتنع الحد

أحدهم هل تحدّ الشهود أو لا؟ ذكر في المبسوط أنه لا يقام الحدّ على الشهود لأنهم ثابتون على الشهادة، وإنما امتنع بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعاً عن الشهادة على الزنا واعلم أن ظاهر الرواية يفضي إلى اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة

قوله: (واعلم أن ظاهر الرواية يفضي إلى اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة فتأمل) أقول: في صورة الموت والغيبة إحداهما شبهة الامتناع عن البداية. والثانية كون الامتناع رجوعاً فليتأمل، وفي محيط السرخسي: وروي عن محمد: لو كان الشهود مقطوعي الأيدي أو مرضى لا يستطيعون الرمي فإن الإمام يرمي ثم الناس، لأن فوات البداية باعتبار عذر ظاهر لا يورث تهمة، بخلاف الموت والغيبة لأنه من الجائز أن لو كان حياً فعرض عليه الرمي يمتنع عن ذلك اهـ. إلا أن المفهوم من قول المصنف لفوات الشرط خلاف ما ذكره الشارح قوله: (وفي حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له) أقول: يعني المكاس وهو العشار، والمكس ما أخذه.

(١) هو المتقدم.
(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٤٤٤٣ و ٤٤٤٤ والبيهقي ٨/ ٢٢١ وكذا النسائي كما في نصب الراية ٣٢٠٣ وكذا البزار في مسنده، والطبراني في معجمه.
قال المنذري في مختصره ٤٢٧٩: ورواه النسائي ـ ولعله في الكبرى ـ قال والراوي عن أبي بكرة في روايتيهما مجهول اهـ. ونقل الزيلعي في نصب الراية عن البزار قوله: لا نعلم أحداً سمى هذا الشيخ، وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة النسائي، ولم يعلّه بغير الانقطاع.

والسلام على الغامدية بعد ما رجمت» (وإن لم يكن محصناً وكان حرّاً فحدّه مائة جلدة) لقوله تعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ إلا أنه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولاً به. قال: (يأمر الإمام بضربه بسوط لا ثمرة له ضرباً متوسطاً) لأن علياً رضي الله عنه لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته. والمتوسط بين المبرّح

لظهور شبهة تقصيره في القضاء وهي دارئة فكأن البداءة في معنى الشرط إذ لزم عن عدمه العدم لا أنه جعل شرطاً بذاته، وهذا في حقه عليه الصلاة والسلام منتف فلم يكن عدم رجمه دليلاً على سقوط الحد إذا لم يبدأه.

واعلم أن مقتضى ما ذكر أنه لو بدأ الشهود فيما إذا ثبت بالشهادة يجب أن يثنى الإمام، فلو لم يثن الإمام يسقط الحد لاتحاد المأخذ فيهما. قالوا: ويستحب لكل من رجم أن يقصد قتله لأنه المقصود، ولأنه تيسير عليه إلا أن يكون ذا رحم محرم منه فلا يقصده ويكتفي بغيره فيه قوله: (ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله ﷺ في ماعز «اصنعوا به» الحديث) وروى ابن أبي شيبة عن أبي معاوية عن أبي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن ابن بريدة عن أبيه بريدة قال «لما رجم ماعز قالوا: يا رسول الله ما نصنع به؟ قال: اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلاة عليه»(١) وأما صلاته عليه الصلاة والسلام على الغامدية فأخرجه الستة إلا البخاري من حديث عمران بن الحصين «أن امرأة من جهينة أتت النبيّ ﷺ وهي حبلى من الزنا فقالت: يا نبيّ الله أصبت حداً فأقمه عليّ» الحديث بطوله، إلى أن قال «فأمر بها فرجمت ثم صلى عليها، فقال له عمر: أتصلي عليها يا نبيّ الله وقد زنت؟ فقال: لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم، وهل وجدت توبة أفضل من أنها جادت بنفسها لله»(٢) وفي صحيح البخاري من

فتأمل، والغامدية امرأة من غامد حيّ من الأزد، وفي حديثها «لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له». وقوله: (إلا أنه انتسخ في حق المحصن) بيانه أن قوله تعالى ﴿الزانية والزاني فاجلدوا﴾ الآية عام في المحصن وغيره إلا أنه انتسخ في حق المحصن بآية أخرى نسخت تلاوتها وبقي حكمها. روى ابن عباس أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطب فقال: إن الله بعث محمداً ﷺ بالحق وأنزل عليه الكتاب، فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها، ورجم رسول الله ﷺ ورجمنا من بعده، وإني خشيت إن طال بالناس الزمان أن يقول قائل ما نجد آية الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله عز وجل، فالرجم حق على من زنى من الرجال والنساء إذا كان محصناً إذا قامت البينة أو كان حمل أو اعتراف، وايم الله لولا أن يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبتها يريد به: الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموها البتة نكالاً من الله والله عزيز حكيم، وكانت خطبته هذه بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه أحد، فكأن هذه الآية نسخت حكم عموم قوله تعالى ﴿فاجلدوا﴾ في غير المحصن، وانتسخت تلاوتها بصرفها عن القلوب لحكمة يعلمها الله. وقوله: (بسوط لا ثمرة له) قال في الصحاح: ثمر السياط عقد أطرافها، ومنه يأمر الإمام بضربه بسوط لا ثمرة له: يعني العقدة. وقيل المراد بالثمرة ذنبه وطرفه لأنه إذا كان له ذلك تصير الضربة ضربتين، وهذا أصح. لما روي أن علياً رضي الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان، وفي رواية له ذنبان أربعين جلدة، فكانت الضربة ضربتين. والأول هو المشهور في الكتب. المبرح مأخوذ من برحاء الحمى وغيرها. يقال برح به الأمر تبريحاً: أي غلظ عليه واشتد. والمذاكير جمع

قوله: (فكأن هذه الآية نسخت عموم قوله تعالى ﴿فاجلدوا﴾ في غير المحصن)

---

(١) حسن. قلت: هو في مسند أبي حنيفة ص ١١٦ . ١١٧ بهذا اللفظ ومن طريقه رواه ابن أبي شيبة في كتاب الجنائز من حديث بريدة.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٩٧: في إسناده أبو حنيفة والباقون من رجال الصحيح اهـ.
قلت: أبو حنيفة إمام ثقة هذا هو الصواب، وقد رواه بعدة ألفاظ، وفيه سياق المصنف، فالحديث حسن إن شاء الله.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٩٦ وأبو داود ٤٤٤١ و ٤٤٤٠ والترمذي ١٤٣٥ والنسائي ٤/ ٦٣ . ٦٤ وابن الجارود ٨١٥ والدارقطني ٣/ ٣٠١ . ٣٠٢ وعبد الرزاق ١٣٣٤٨ والطيالسي ٨٤٨ وابن أبي شيبة ١٠/ ٨٧ . ٨٨ وأحمد ٤/ ٤٢٩ . ٤٣٠ . ٤٣٥ . ٤٣٦ . ٤٣٧ . ٤٤٠ والدارمي ٢٢٣٩ وابن حبان ٤٤٠٣ و ٤٤٤١ والبيهقي ٨/ ٢٢٥ والطبراني في الكبير ١٨/ (٤٧٦) (٤٧٥) من طرق كلهم من حديث عمران بن حصين.
وترك ابن الهمام وسط الحديث، وهو: «فدعا رسول الله ﷺ وليّها، فقال: اذهب، فأحسن إليها، فإذا وضعت، فأتني بها، فلما وضعت أتى بها رسول الله ﷺ، فأمر بها، فَشُكَّتْ عليها ثيابها، ثم أمر بها، فرجمت...» الحديث كما ساقه ابن الهمام.

. . . .

حديث جابر في أمر ماعز قال «ثم أمر به فرجم، وقال له النبي ﷺ خيراً وصلى عليه»[1] قال ابن القطان: قيل للبخاري قوله: «وصلى عليه» قاله غير معمر؟ قال لا. ورواه الترمذي وقال: حسن صحيح. ورواه غير واحد منهم أبو داود وصححوه. وأما ما رواه أبو داود من حديث أبي برزة الأسلمي «أنه ﷺ لم يصلّ على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه»[2] ففيه مجاهيل فإن فيه عن أبي بشر أنه قال: حدثني نفر من أهل البصرة عن أبي برزة. نعم حديث جابر في الصحيحين في ماعز «وقال له خيراً ولم يصل عليه»[3] معارض صريح في صلاته عليه، لكن المثبت أولى من النافي، لكن على أصول الحنفية وهو أن النفي إذا كان من جنس ما يعرف بدليل يساوي الإثبات ويطلب الترجيح بغيره لا ينتهض لأن هذا النفي وهو كونه لم يصل عليه من ذلك، إذ لا شك أن الصحابي إذا شهد الصلاة بتمامها يعلم عدم صلاته عليه عليه الصلاة والسلام أو صلاته فيطلب الترجيح بغير ذلك، وعن هذا ذهب مالك إلى أنه يصلي عليه غير الإمام. والحاصل أن الصلاة عليه شرعاً لا شك فيها، فإنه مسلم قتل بحق فيغسل ويصلى عليه كالمقتول قصاصاً، بخلاف الشهيد فإنه قتل بغير حق

الذكر الذي هو العضو، وهو جمع على خلاف القياس، كأنهم فرّقوا بذلك الجمع بين الذكر الذي هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو، وإنما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع إفراد قرينه وهو الوجه لأنه أراد به ذلك العضو المعين وما حوله، كقولهم: شابت مفارق

---

(1) صحيح غريب. أخرجه البخاري ٦٨٢٠ من حديث جابر «أن رجلاً من أسلم جاء النبيّ ﷺ، فاعترف بالزنا فأعرض عنه النبي ﷺ. . .» وآخره: «فَرُجِمَ حتىٰ مات، فقال له النبي ﷺ خيراً، وصلىٰ عليه».

رواه معمر بن الزهري به.

قال البخاري: ولم يقل يونس، وابن جريج عن الزهري: «فصلىٰ عليه».

سئل أبو عبد الله . البخاري . هل قوله: فصلىٰ عليه. يصحُّ أم لا؟ قال: رواه معمر. قيل له: هل رواه غير معمر؟ قال: لا. اهـ وسيأتي بيان غرابة إثبات الصلاة.

تنبيه: قال ابن الهمام: ورواه الترمذي، وقال: حسن صحيح. ورواه غير واحد ومنهم أبو داود وصححوه اهـ. ويفهم من كلامه أنهم رووه بمثل لفظ البخاري. وليس كذلك بل خالفوه فيه. والذي وقع للمصنف هو أنه لم يُكْمِلْ كلام الحافظ الزيلعي، وسيأتي نصه. وإليك رواية هؤلاء أخرجه أبو داود ٤٤٣٠ والترمذي ١٤٢٩ والنسائي ٤/ ٦٢ . ٦٣ باب ترك الصلاة على المرجوم وعند الثلاثة آخره: «ولم يصلّ عليه» وكذا رواه عبد الرزاق ١٣٣٣٧ وأحمد ٣/ ٣٢٣ والبيهقي ٨/ ٢١٨ من طرق عن عبد الرزاق عن معمر به دون ذكر الصلاة عليه.

وأخرج مسلم ١٦٩٢ حـ ١٦ من غير طريق عبد الرزاق عن جابر فلم يذكر الصلاة نفياً ولا إثباتاً.

والحديث أخرجه البخاري ٥٢٧٠ و ٥٢٧٢ من حديث جابر فلم يذكر الصلاة عليه أصلاً وذلك من طرق أخرىٰ وجاء في نصب الراية ٣/ ٣٢١. ٣٢٢ ما ملخصه: الترمذي وأبو داود والنسائي وأئمتهم قالوا فيه: «ولم يصلّ عليه» قال المنذري في حواشيه: أعل بعضهم زيادة الصلاة عليه بأن محمود بن غيلان شيخ البخاري تفرد بها عن عبد الرزاق، وقد خالفه ثمانية أنفس منهم إسحق بن راهوية، والذهلي، وغيرهما اهـ.

ومال ابن حجر في الفتح ١٢/ ١٣١ إلى إثبات الصلاة على ماعز. وذلك بعد أن ذكر كلام المنذري قال ابن حجر: لكن ظهر لي أن البخاري قويت عنده حيث أخرجه عبد الرزاق أيضاً. وروىٰ أبو قرة عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف، وفيه: «فقيل يا رسول الله: أتصلي عليه؟ قال: لا. قال: فلما كان من الغد قال: صلوا علىٰ صاحبكم فصلىٰ عليه رسول الله ﷺ، والناس» اهـ فيحمل النفي علىٰ كونه وقت الرجم، ويحمل الإثبات علىٰ اليوم الثاني. ويعتضد أيضاً بحديث الغامدية، والصلاة عليها اهـ ابن حجر ملخصاً. الخلاصة: الروايات المعتبرة لا تذكر الصلاة علىٰ ماعز، وأما ما ذكره ابن حجر عن عبد الرزاق، فجوابه أكثر الرواة عن عبد الرزاق علىٰ عدم ذكر الصلاة عليه. كما ذكر المنذري. والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

(2) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣١٨٦ عن أبي بشر حدثني نفر من أهل البصرة عن أبي برزة الأسلمي فذكره. قال الزيلعي ٣/ ٣٢٢: ضعفه ابن الجوزي في التحقيق بأن فيه مجاهيل. ونقل عن الإمام أحمد قوله: ما نعلم أن النبي ﷺ ترك الصلاة إلا علىٰ الغال وقاتل نفسه. قال: ولو صح هذا الحديث كانت صلاته علىٰ الغامدية بعده اهـ.

(3) فيه نظر. فالحديث أخرجه البخاري ٥٢٧٠ و ٥٢٧٢ و ٧١٦٨ ومسلم ١٦٩٢ حـ ١٦ كلاهما من حديث جابر، فلم يذكرا الصلاة عليه أصلاً نفياً، ولا إثباتاً.

وإنما وقع لفظ: «وقال له خيراً، ولم يصل عليه».

عند أبي داود ٤٤٣٠ والترمذي ١٤٢٩ والنسائي ٨/ ٢١٨ كلهم من حديث جابر أيضاً اهـ.

ورجاله ثقات، وإسناده متصل.

. . . .

فلا يغسل ليكون الأثر شاهداً له، والإظهار زيادة تشريفه بقيام أثر الشهادة يوم القيامة. وأما أنه عليه الصلاة والسلام صلى على ماعز ففي حيز التعارض [١]. والغامدية من بني غامد حيّ من الأزد. قاله المبرد في الكامل. وفي كتاب أنساب العرب غامد بطن من خزاعة، وقد سمعت في حديث عمران بن الحصين «أنت امرأة من جهينة» [٢] قوله: (إن لم يكن محصناً وكان حراً فحده مائة جلدة لقوله تعالى ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور ٢] وإنما قدم الزانية مع أن العادة عكسه لأنها هي الأصل إذ الداعية فيها أكثر ولولا تمكينها لم يزن، وهذا عام في المحصن وغيره نسخ في حق المحصن قطعاً، ويكفينا في تعين الناسخ القطع برجم النبي ﷺ فيكون من نسخ الكتاب بالسنة. القطعية وهو أولى من ادعاء كون الناسخ: الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالاً من الله والله عزيز حكيم[٣]. لعدم القطع بثبوت كونها قرآناً ثم انتساخ تلاوتها وإن ذكرها عمر وسكت الناس، فإن كون الإجماع السكوتي حجة مختلف فيه، وبتقدير حجيته لا يقطع بأن جميع المجتهدين من الصحابة كانوا إذ ذاك حضوراً، ثم لا شك أن الطريق في ذلك إلى عمر ظني، ولهذا والله أعلم قال علي رضي الله عنه فيما ذكرناه عنه: إن الرجم سنة سنها رسول الله ﷺ، وقال: جلدتها بكتاب الله، ورجمتها بسنة رسول الله ﷺ[٤] ولم ينسبه إلى القرآن المنسوخ التلاوة، وعرف من قوله ذلك أنه قائل بعدم نسخ عموم الاية فيكون رأيه أن الرجم حكم زائد في حق المحصن ثبت بالسنة وهو قول قيل به، ويستدل له بقوله عليه الصلاة والسلام «الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة» وفي رواية أبي داود «ورمي بالحجارة»[٥] وسيأتي الكلام عليه قوله: (بسوط لا ثمرة له ضرباً متوسطاً) قيل المراد بثمرة السوط عذبته وذنبه مستعار من واحدة ثمر الشجر. وفي الصحاح وغيره عقد أطرافه. ورجح المطرزي إرادة الأول هنا لما ذكر الطحاوي أن علياً جلد الوليد بسوط له طرفان أربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين[٦]. وفي الإيضاح ما يوافقه قال: ينبغي أن لا يضرب بسوط له ثمرة لأن الثمرة إذا ضرب بها تصير كل ضربة ضربتين. وفي الدراية: لكن المشهور في الكتب لا ثمرة له: أي لا عقدة عليه. وقول المصنف في الاستدلال عليه لأن علياً لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته لا يحتمل الوجه الأول أصلاً، بل أحد الأمرين إما العقدة وإما تليين طرفه بالدق إذا كان يابساً وهو الظاهر. وروى ابن أبي شيبة: حدثنا عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسي عن أنس بن مالك قال: كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به. قلنا له: في زمن من كان هذا؟ قال: في زمن عمر بن الخطاب. والحاصل أن المراد أن لا يضرب به وفي طرفه يبس لأنه حينئذ يجرح أو يبرح فكيف إذا كان فيه عقدة، ويفيد ذلك ما روى عبد الرزاق عن يحيى بن أبي كثير «أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال يا رسول الله إن أصبت حداً فأقمه عليّ، فدعا عليه الصلاة والسلام بسوط فأتي بسوط شديد له ثمرة، فقال: سوط دون هذا، فأتي بسوط مكسور لين فقال: سوط فوق هذا، فأتي بسوط بين سوطين فقال: هذا فأمر به

. . . .

أقول: فيه بحث، والصواب في المحصن فتأمل قوله: (وهذا أصح لما روي إلخ) أقول: فيه بحث، إذ لا دلالة فيما ذكره على ما ادعاه أصلاً كما لا يخفى.

(١) ما ذهب إليه المصنف قريب جداً، وقد مال إلى هذا غير واحد.
(٢) تقدم مستوفياً قبل أحاديث ثلاثة فقط.
(٣) تقدم في أول الفصل.
(٤) أثر علي هذا إسناده حسن تقدم قبل أحاديث في خبر رجمه لشراحة ورواه عنه الشعبي.
(٥) سيأتي بعد ورقات في أواخر هذا الباب.
(٦) موقوف. أخرجه الشافعي ٢/ ٢٩٤ بسنده عن محمد الباقر، وفيه إرسال لأنه لم يدرك علياً.

وغير المؤلم لإفضاء الأول إلى الهلاك وخلوّ الثاني عن المقصود وهو الانزجار (وتنزع عنه ثيابه) معناه دون الإزار لأن علياً رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود، ولأن التجريد أبلغ في إيصال الألم إليه. وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الإزار كشف العورة فيتوقاه (ويفرق الضرب على أعضائه) لأن الجمع في عضو واحد قد يفضي إلى

فجلد» ورواه ابن أبي شيبة عن زيد بن أسلم «أن النبي ﷺ أتى بسوط» فذكره [١]، وذكره مالك في الموطأ. والحاصل أن يجتنب كل من الثمرة بمعنى العقدة ومعنى الفرع الذي يصير ذنبين تعميماً للمشترك في النفي لأنه عين العدد مائة، ولو تجوز بالثمرة فيما يشاكل العقدة ليعم المجاز ما هو يابس الطرف على ما ذكرنا كان أولى، فإنه لا يضرب بمثله حتى يدق رأسه فيصير متوسطاً قوله: (بين الموجع وغير المؤلم) فيكون مؤلماً غير موجع، فلزم أنه أراد بالموجع المبرح وإلا لم يستقم، ووجه هذا ظاهر. ولو كان الرجل الذي وجب عليه الحدّ ضعيف الخلقة فخيف عليه الهلاك يجلد جلداً خفيفاً يحتمله قوله: (وتنزع عنه ثيابه) إلا الإزار ليستر عورته وبه قال مالك. وقال الشافعي وأحمد: يترك عليه قميص أو قميصان لأن الأمر بالجلد لا يقتضي التجريد. وقول المصنف لأن علياً كان يأمر بالتجريد في الحدود زاد عليه شارح الكنز فقال: صح أن علياً كان يأمر بالتجريد في الحدود فأبعد عما قال المخرج أنه لم يعرف عن عليّ بل روى عنه خلافه. وروى عبد الرزاق بسنده عنه «أنه أتى برجل في حدّ فضربه وعليه كساء قسطاً به قاعداً». وأسند إلى المغيرة بن شعبة في المحدود: أينزع عنه ثيابه؟ قال: لا، إلا أن يكون فروا أو محشواً. وأسند عن ابن مسعود: لا يحل في هذه الأمة تجريد ولا مد [٢]. قوله: (ويفرّق الضرب على أعضائه) لأن جمعه في عضو واحد قد يفسده، واستثنى الرأس والوجه والفرج. وذكر عن النبي ﷺ أنه قال للذى أمره بضرب الحد «اتق الوجه والمذاكير» [٣] ولم يحفظه المخرّجون مرفوعاً بل موقوفاً على عليّ رضي الله عنه «أنه أتى برجل سكران أو في حد فقال اضرب وأعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير» [٤] رواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما وسعيد بن منصور. وقال ابن المنذر: وثبت عن عمر بن الخطاب أنه قال وقد أتى برجل: أضرب وأعط كل عضو حقه. قال: روينا هذا القول عن عليّ وابن مسعود والنخعي رضي الله عنهم. ولا شك أن معنى ما ذكره المصنف في الصحيحين من حديث أبي هريرة عنه ﷺ قال: «إذا ضرب أحدكم فليتق الوجه والمذاكير» [٥] ولا شك أن هذا ليس مراداً على الإطلاق لأنا نقطع أن في حال قيام الحرب مع الكفار لو توجه لأحد ضرب وجه من يبارزه وهو في مقابلته حالة الحملة لا يكفّ عنه، إذ قد يمتنع عليه بعد ذلك

---

(١) مرسل. أخرجه مالك ٢/ ٨٢٥ ومن طريقه البيهقي ٨/ ٣٢٦ عن زين بن أسلم مرسلاً. وزيد ثقة، ويعضده المرسل المتقدم الذي رواه عبد الرزاق عن يحيى بن أبي كثير. ورواه ابن أبي شيبة ١١/ ٧٨ عن زيد بن أسلم مرسلاً. وأخرجه البيهقي ٨/ ٣٢٦ عن أبي عثمان النّهدي عن عمر «أنه أتي بسوط فيه شدة، فقال: أريد ألْيَنَ من هذا، ثم أُتي بسوط فيه لين، فقال: أريد أشد من هذا...» الأثر فهذه الأخبار تتقوىٰ ويعلم أن لها أصلاً.

(٢) انظر هذه الآثار في نصب الراية ٣/ ٣٢٣ وراجع سنن البيهقي ٨/ ٢٦ ـ ٢٧ والدراية ٢/ ٩٨.

(٣) لا أصل له مرفوعاً، قال الحافظ الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٢٤: غريب مرفوعاً. ووافقه ابن حجر في الدراية ٢/ ٩٨: فقال: لم أجده مرفوعاً، ووافقهما ابن الهمام.

(٤) موقوف حسن. أخرجه ابن أبي شيبة ١١/ ٧٧ ـ ٧٨ بسنده عن علي موقوفاً وفيه ضعف لضعف ابن أبي ليلىٰ، والمهاجر وأخرجه البيهقي ٨/ ٣٢٧ عن عمر موقوفاً أيضاً وذكره الحافظ ابن حجر في التلخيص ٤/ ٧٨ وقال: رواه سعيد بن منصور في سننه. والبيهقي من طرق عن عليّ موقوفاً.

(٥) صحيح. دون قوله: والمذاكير: فلعله سبق قلم. والحديث أخرجه البخاري ٢٥٥٩ ومسلم ٢٦١٢ من وجوه كثيرة وأبو داود ٤٤٩٣ والحميدي ١١٢١ وأحمد ٢/ ٢٥١ ـ ٣١٣ ـ ٢٤٤ ـ ٤٣٤ ـ ٣٣٧ ـ ٤٦٣ ـ ٥١٩ وابن حبان ٥٦٠٤ ـ ٥٦٠٥ وأبو يعلىٰ ٦٢٧٤ وابن خزيمة في التوحيد ص ٣٧ والبيهقي في الأسماء والصفات ص ٢٩٠ ـ ٢٩١ والبغوي ٢٥٧٣ من طرق كثيرة كلهم من حديث أبي هريرة دون لفظ: «والمذاكير».

زاد مسلم: «فإن الله خلق آدم علىٰ صورته»

ورواية: «إذا قاتل»

وورد من حديث أبي سعيد ١١٧٩ وقال الهيثمي في المجمع ٨/ ١٠٦ رواه أحمد والبزار بنحوه، وفيه عطية العوفي ضعفه جماعة، ووثقه ابن معين اهـ.

ورواية أبي يعلىٰ فيها عطية العوفي.

قال ابن حجر في الفتح ٥/ ٢١٧: الأكثر علىٰ أن الضمير في لفظ: صورته يعود علىٰ المضروب.

التلف والحدّ زاجر لا متلف. قال: (إلا رأسه ووجهه وفرجه) لقوله عليه الصلاة والسلام للذي أمره بضرب الحد «اتق الوجه والمذاكير» ولأن الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس، وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضاً فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك إهلاك معنى فلا يشرع حداً. وقال أبو يوسف رحمه الله: يضرب الرأس أيضاً رجع إليه، وإنما

ويقتله، فليس المراد إلا من يضرب صبراً في حدّ قتلاً أو غير قتل. وفي القتل صريح ما تقدم من رواية أبي داود من حديث أبي هريرة «أنه عليه الصلاة والسلام رجم امرأة فحفر لها إلى الثندوة ثم قال ارموا واتقوا الوجه»[1] وحينئذ فلا شك أن قول عمر وعلي رضي الله عنهما: أعط كل عضو حقه كما ذكره ابن المنذر هكذا مختصراً عليه عام مخصوص لأنهما لا يريدان قطعاً ضرب الوجه والمذاكير، ولما كان ذلك معلوماً لم يحتج إلى ذكر المخصوص، على أنه ذكر في رواية غيره عن عليّ رضي الله عنه كما حكيناه آنفاً.

وبما سمعته تعلم أن ما أورده المصنف دليل على بعض المطلوب، والبعض الآخر وهو ضرب الرأس ملحق بالمعنى الذي ذكره وهو أنه مجمع الحواس الباطنة فربما تفسد وهو إهلاك معنى. وهذا من المصنف ظاهر في القول بأن العقل في الرأس إلا أن يؤول، وهي مختلفة بين الأصوليين. وما قيل في المنظومة والكافي إن الشافعي رحمه الله يخص الظهر واستدلال الشارحين عليه بقوله ﷺ لهلال بن أمية «البينة وإلا فحد في ظهرك»[2] غير ثابت في كتبهم. بل الذي فيها كقولنا. وإنما تلك رواية عن مالك أنه خص الظهر وما يليه. وأجيب بأن المراد بالظهر نفسه: أي حدّ عليك بدليل ما ثبت عن كبار الصحابة عن عمر وعليّ وابن مسعود رضي الله عنهم، وما استنبطناه من قوله ﷺ «إذا ضرب أحدكم فليتق الوجه»[3] وأنه في نحو الحد فما سواه داخل في الضرب، ثم خص منه الفرج بدليل الإجماع. وعن محمد رحمه الله في التعزير: يضرب الظهر وفي الحدود الأعضاء والمذاكير جمع ذكر بمعنى العضو فرقوا في جمعه بين الذكر بمعنى الرجل حيث قالوا ذكران وذكورة وذكارة وبمعنى العضو، ثم جمعه باعتبار تسمية ما حوله من كل جزء ذكراً كما قالوا: شابت مفارقه وإنما له مفرق واحد قوله: (وقال أبو يوسف: يضرب الرأس ضربة واحدة رجع إليه) بعد أن كان أولاً يقول لا يضرب كما هو المذهب لحديث أبي بكر الذي ذكره. ورواه ابن أبي شيبة: حدثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم أن أبا بكر رضي الله عنه أتي برجل انتفى من أبيه فقال: أضرب الرأس فإن فيه شيطاناً، والمسعودي مضعف. ولكن روى الدارمي في مسنده عن سليمان بن يسار أن رجلاً يقال له صبيغ قدم المدينة فجعل يسأل عن متشابه القرآن فأرسل إليه عمر وأعدّ له عراجين النخل فقال له من أنت فقال أنا عبد الله صبيغ، فأخذ عمر عرجوناً من تلك العراجين فضربه على رأسه وقال: أنا عبد الله عمر، وجعل يضربه حتى دمي رأسه، فقال: يا أمير المؤمنين حسبك فقد ذهب الذي كنت أجد في رأسي[4]. وهذا ينافي جواب المصنف بأن ذلك كان في مستحق القتل. ولو قلنا إن واقعة أبي بكر

رأسه كذا في الصحاح. وقوله: (من دعاة الكفرة) الدعاة جمع داع كالقضاة جمع قاض: أي كان يدعو الناس إليهم. وقوله: (لأنه

(1) حسن لشواهده. أخرج أبو داود ٤٤٤٤ من حديث أبي بكرة وتقدم في ٥/ ٢٢٠ وأنه غير قوي لكنه حسن لشواهده.
تنبيه: وقع للمصنف: عن أبي هريرة اهـ فلعله سبق قلم، وصوابه: أبي بكرة.
والثَّنْدُوَةُ: بفتح الثاء مع التشديد مَغْرِز الثدي.

(2) هو بعض حديث اللعان تقدم في كتاب الحدود قبل هذا الفصل. ٢/ ٢١٤ رواه البخاري وغيره.
تنبيه: لم يقصد المصنف عدم ثبوت الحديث، وإنما قصد عدم ثبوت كون الحد على الظهر حصراً عند الشافعية.

(3) تقدم قبل حديثين رواه الشيخان.

(4) موقوف قوي. أخرجه الدارمي ١٤٤ في المقدمة عن سليمان بن يسار عن عمر بهذا اللفظ، ورجاله ثقات.
والعجب أن العلماء في هذا العصر يجعلون لهذه الأبحاث. أي أبحاث المتشابهات. الصدارة في مناقشاتهم وفي مناظرتهم، وكلهم يدعي أنه ضرورة لا بدّ منها لتصحيح العقيدة، ولذا ينطبق علينا قوله تعالى ﴿ولا يزالون مختلفين إلا من رحم ربك﴾ وطالما أننا نخوض في هذه الأبحاث المبتدعة، فلا نزال في اختلاف وفي شقاق، والرحمة فقط تنال الذين يُعرضون عن هذه المتشابهات ونحوها، فأسأل الله العظيم رب العرش العظيم أن يبصّرنا بما يجب أن نعمل به ومن أجله كما بصّر هؤلاء الصحابة رضي الله عنهم أجمعين. والله تعالى أجل وأعلم.

يضرب سوطاً لقول أبي بكر: اضربوا الرأس فإن فيه شيطاناً. قلنا تأويله أنه قال ذلك فيمن أبيح قتله. ويقال إنه ورد في حربيّ كان من دعاه الكفرة والإهلاك فيه مستحق (**ويضرب في الحدود كلها قائماً غير ممدود**) لقول عليّ رضي الله عنه: يضرب الرجال في الحدود قياماً والنساء قعوداً، ولأن مبنى إقامة الحد على التشهير والقيام أبلغ فيه. ثم قوله غير ممدود، فقد قيل المدّ أن يلقى على الأرض ويمد كما يفعل في زماننا، وقيل أن يمدّ السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه، وقيل أن يمده بعد الضرب، وذلك كله لا يفعل لأنه زيادة على المستحق (**وإن كان عبداً جلده خمسين جلدة**) لقوله تعالى: **﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾** نزلت في الإماء، ولأن الرق منقص للنعمة فيكون منقصاً للعقوبة لأن الجناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى إلى التغليظ (**والرجل والمرأة في ذلك سواء**) لأن النصوص

رضي الله عنه كانت فيه فإن ضرب عمر الرأس كان لرجل مسلم، وكذا ضرب أبي بكر الذي انتفى من أبيه. هذا واستثنى بعض المشايخ وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً الصدر والبطن، وفيه نظر، بل الصدر من المحامل، والضرب بالسوط المتوسط عدداً يسيراً لا يقتل في البطن فكيف بالصدر. نعم إذا فعل بالعصا كما يفعل في زماننا في بيوت الظلمة ينبغي أن لا يضرب البطن قوله: (**ويضرب في الحدود كلها**) وكذا التعزير (**قائماً غير ممدود لقول عليّ رضي الله عنه الخ**) روى عبد الرزاق في مصنفه قال: أخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن عليّ رضي الله عنه قال: يضرب الرجل قائماً والمرأة قاعدة في الحدود (**ولأن مبنى الحد على التشهير**) زجراً للعامة عن مثله (**والقيام أبلغ فيه**) والمرأة مبني أمرها على الستر فيكتفي بتشهير الحد فقط بلا زيادة قوله: (**غير ممدود قيل المد أن يلقى على الأرض كما يفعل في زماننا، وقيل أن يمد السوط بأن يرفعه الضارب فوق رأسه، وقيل أن يمده بعد وقوعه على جسد المضروب على الجسد**) وفيه زيادة ألم وقد يفضي إلى الجرح (**وكل ذلك لا يفعل**) فلفظ ممدود معمم في جميع معانيه لأنه في النفي فجاز تعميمه، وإن امتنع الرجل ولم يقف ويصبر لا بأس بربطه على أسطوانة أو يمسك قوله: (**وإن كان عبداً جلده خمسين لقوله تعالى ﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ [النساء ٢٥] نزلت في الإماء**) وهو أيضاً مما يعرف من أول الكلام، ولا فرق بين الذكر والأنثى بتنقيح المناط فيرجع به إلى دلالة النص بناء على أنه لا يشترط في الدلالة أولوية المسكوت بالحكم من المذكور، بل المساواة تكفي فيه. وقول بعضهم يدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة وهي تغليب الذكور والنص عليهن فقط لأن الكلام كان في تزوّج الإماء بقوله تعالى **﴿فمن لم يستطع منكم طولاً﴾** إلى قوله: **﴿من فتياتكم المؤمنات﴾** [النساء ٢٥] ثم تمم حكمهن إذا زنين، ولأن الدعاية فيهن أقوى وهو حكمة تقديم الزانية على الزاني في الآية، وهذا الشرط: أعني الإحصان لا مفهوم له، فإن على الأرقاء نصف المائة أحصنوا أو لم يحصنوا. وأسند أبو بكر الرازي عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني «أن رسول الله ﷺ سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن قال: إن زنت فاجلدوها، ثم إن زنت فاجلدوها، ثم إن زنت فبيعوها ولو بضفير وهو الحبل»[1] والقائلون بمفهوم المخالفة يجوّزون أن لا يراد بدليل يدلّ عليه. وروى مسلم وأبو داود والنسائي عن عليّ قال: قال رسول الله ﷺ «أقيموا الحدود

زيادة على المستحق) قالوا: إلا أن يعجزهم عن الضرب قائماً فلا بأس حينئذ أن يشدوا بسارية ونحوها. قال: (وإن كان عبداً) أو

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٣٢ و ٢١٥٣ و ٦٨٣٧ ومسلم ١٧٠٤ ح ٣٣ وأبو داود ٤٤٦٩ ومالك ٢/ ٨٢٦ والشافعي في مسنده ٢/ ٢٠٠. ٢٠١ بترتيب الساعاتي وأحمد ٤/ ١١٧ والدارمي ٢٢٤٠ وابن الجارود ٨٢١ والبيهقي ٨/ ٢٤٢ من طريق مالك عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني به وكذا ابن ماجه ٢٥٦٥ والطيالسي ٩٥٢ وأخرجه البخاري ٢١٥٢ و ٢٢٣٤ و ٦٨٣٩ ومسلم ١٧٠٣ ح ٣٠. ٣١ وأبو داود ٤٤٧٠ و ٤٤٧١ من طرق عن المقري عن أبي هريرة مرفوعاً. مع تغير يسير فيه. وأخرجه عبد الرزاق ١٣٥٩٨ والطيالسي ١٣٣٤ و ٢٥١٣ كلاهما من طريق عبيد الله عن أبي هريرة مرفوعاً.

وقوله: وهو الحبل. جاء مفسراً في بعض الروايات وذلك بلفظ: «فَليبعها، ولو بحبل من شعر» وهذا اللفظ عند البخاري.

تشملهما **(غير أن المرأة لا ينزع من ثيابها إلا الفرو والحشو)** لأن في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الألم إلى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان **(وتضرب جالسة)** لما روينا، ولأنه أستر لها **(وإن حفر لها**

على ما ملكت أيمانكم من أحصن ومن لم يحصن»[1] ونقل عن ابن عباس وطاوس أن لا حدّ عليها حتى تحصن بزوج، وعلى هذا هو معتبر المفهوم إلا أنه غير صحيح. وقرىء «إذا أَحْصَنَّ» بالبناء للفاعل وتؤول على معنى أسلمن، وحين ألزم سبحانه نصف ما على المحصنات إذا أحصن لزم أن لا رجم على الرقيق لأن الرجم لا يتنصف، ولأن الرق منصف للنعمة فتنقص العقوبة به لأن الجناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى إلى التغليظ؛ ألا ترى إلى قوله سبحانه وتعالى **﴿يا نساء النبيّ من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين﴾** [الأحزاب ٣٢] قوله: **(والرجل والمرأة في ذلك سواء)** لشمول النصوص إياهما، فإن كان كل منهما محصناً رجم وإلا فعلى كل الجلد، أو أحدهما محصناً فعلى المحصن الرجم وعلى الآخر الجلد، وكذلك في ظهور الزنا عند القاضي بالبينة أو الإقرار يكون على ما شرط. وقوله غير أن المرأة الخ استثناء من قوله سواء فلا ينزع عن المرأة ثيابها إلى الحشو والفرو **(ولأن في تجريدها كشف العورة)** لأن بدنها كله عورة إلا ما عرف، ووجهه ظاهر **(وتضرب)** المرأة **(جالسة لما روينا)** يعني من كلام عليّ **(ولأنه أستر لها)** قوله: **(وإن حفر لها في الرجم جاز)** لهذا ولذلك حفر عليه الصلاة والسلام للغامدية إلى ثندوتها. والثندؤة بضم الثاء والهمزة مكان الواو وبفتحها مع الواو مفتوحة والدال مضمونة في الوجهين: ثدي الرجل أو لحم الثديين، وما قيل الثدي للمرأة والثندوة للرجل هو غير صحيح بحديث الذي وضع سيفه بين ثدييه **(ولذا حفر علي لشراحة الهمدانية)** بسكون الميم وهي قبيلة كانت عيبة عليّ، وقد مدحهم وقال في مديحه لهم:

فلو كنت بواباً على باب جنة ... لقلت لهمدان ادخلي بسلام

وتقدم حديث شراحة وفيه من رواية أحمد عن الشعبي أنه حفر لها إلى السرّة. ثم قال المصنف **(وإن ترك)** الحفر **(لم يضره لأن النبي ﷺ لم يأمر بذلك)** يعني لم يوجبه بناء على أن حقيقة الأمر هو الإيجاب، وقال إنه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية. ومعلوم أن ليس المراد إلا أنه أمر بذلك فيكون مجازاً عن أمره، وإلا كانت مناقضة غريبة، فإن مثلها إنما

أمة **(جلده)** أي إن كان من زنى عبداً أو أمة جلده الإمام **(خمسين جلدة لقوله تعالى)** فأن أتين بفاحشة **(فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ـ نزلت في الإماء)** ودخل تحت حكمها العبيد، وهو خلاف المعهود لأن المعهود أن تدخل النساء تحت حكم الرجال بطريق التبعية، وكأن هذا الأسلوب والله أعلم بناء على أن أسباب السفاح فيهنّ ودعوتهنّ إليه غالبة كما في تقديمهن في قوله تعالى **﴿الزانية والزاني﴾** ثم العذاب المذكور في الآية الجلد دون الرجم لأنه لا يتنصف. قوله: **(لأن الجناية عند توافر النعم أفحش)** أصله قوله تعالى **﴿يا نساء النبيّ من يأت منكنّ بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين﴾** وقوله: **(لما روينا)** يعني

---

(١) ضعيف مرفوعاً. أخرجه أبو داود ٤٤٧٣ وأحمد ١/١٣٦ . ١٤٥ والطيالسي ١٤٦ والبيهقي ٨/ ٢٤٥ وابن أبي شيبة ١١/ ٦٢ وأبو يعلى ٣٢٠ كلهم عن علي «قال: فجرت جارية لآل رسول الله ﷺ، فقال: يا علي أقم عليها الحدّ. فوجدتها في دمها لم تعلُ من نفاسها فأتيته فذكرت له ذلك، فقال: دعها حتى ينقطع دمها، ثم أقم عليها الحد، وأقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم» وهذا إسناد ضعيف تفرد بهذا السياق عبد الأعلى بن عامر الثعلبي، وهو ضعيف، والراجح وقفه. فقد أخرجه مسلم ١٧٠٥ والترمذي ١٤٤١ وصححه وابن الجارود ٨١٦ والبيهقي ٨/ ٢٤٤ والطيالسي ١١٢ وأبو يعلى ٣٢٦ كلهم عن أبي عبد الرحمن السلمي قال: «خطب علي فقال: يا أيها الناس أقيموا على أرقائكُمُ الحدَّ من أُحصنَ منهم ومن لم يُحصَنْ، فإن أمَةً لرسول الله ﷺ زنت، فأمرني أن أجلدها فإذا هي حديث عهد بنفاس، فخشيت إن أنا جلدتها أن أقتلها، فذكرت ذلك للنبي ﷺ، فقال: أحْسَنْتَ».

هذا لفظ مسلم وغيره وزاد مسلم في رواية: «اتركْها حتى تماثل» اهـ أي تشفى.

فهذا هو اللفظ الصحيح، وأنه من قول علي، ولعل عبد الأعلى بسبب ضعفه وهم، فأخر كلام علي، فاشتبه على بعض الرواة وأنه من المرفوع.

ولذا قال ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ٥٩: هو في صحيح مسلم موقوف، ثم قال: وغفل الحاكم، فاستدركه اهـ.

قلت: هو في المستدرك ٤/ ٣٦٩ بمثل لفظ مسلم وبنفس الإسناد ثم قال: صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه!!!؟

في الرجم جاز) لأنه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية إلى ثندوتها، وحفر عليّ رضي الله تعالى عنه لشراحة الهمدانية وإن ترك لا يضره لأنه عليه الصلاة والسلام لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها، والحفر أحسن لأنه أستر ويحفر إلى الصدر لما روينا **(ولا يحفر للرجل)** لأنه عليه الصلاة والسلام ما حفر لماعز، ولأن مبنى الإقامة على التشهير في

يقع عند بعد العهد، أما معه في سطر واحد فغريب وهو هنا كذلك، والله الموفق قوله: **(ولا يحفر للرجل لأنه عليه الصلاة والسلام لم يحفر لماعز)** تقدم من رواية مسلم [١]، وتقدم من روايته أيضاً من حديث بريدة الأسلمي أنه حفر له وهو منكر لمخالفته الروايات الصحيحة المشهورة والروايات الكثيرة المتضافرة قوله: **(ولأن مبني الحد على التشهير في الرجال)** لا حاجة إلى التخصيص، بل الحد مطلقاً مبني على التشهير، غير أنه يزاد في شهرته في حق الرجل لأنه لا يضرّه ذلك، ويكتفي في المرأة بالإخراج والإتيان بها إلى مجتمع الإمام والناس وخصوصاً في الرجم، وأما في الجلد فقد قال تعالى **﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾** [النور ٢] أي الزانية والزاني، فاستحب أن يأمر الإمام طائفة: أي جماعة أن يحضروا إقامة الحد. وقد اختلف في هذه الطائفة فعن ابن عباس واحد وبه قال أحمد، وقال عطاء وإسحاق إثنان، وقال الزهري ثلاثة، وقال الحسن البصري عشرة، وعن الشافعي ومالك أربعة. وأما قوله: **(والربط والإمساك غير مشروع)** فلما تقدم من قول ابن مسعود وليس في هذه الأمة تجريد ولا مدّ، ولأن ماعزاً انتصب لهم قائماً لم يمسك ولم يربط، إلا أن لا يصبر وأعياهم فحينئذ يمسك فيربط؛ فإذا هرب في الرجم، فإن كان مقراً لا يتبع وترك، وإن كان مشهوداً عليه اتبع ورجم حتى يموت لأن هربه رجوع ظاهراً ورجوعه يعمل في إقراره لا في رجوع الشهود. وذكر الطحاوي صفة الرجم أن يصفوا ثلاثة صفوف كصفوف الصلاة كلما رجمه صف تنحوا. ولم يذكره في الأصل، بل في حديث علي في قصة شراحة على ما قدمناه من رواية البيهقي عن الأجلح عن الشعبي وفيه: أحاط الناس بها وأخذوا الحجارة قال: ليس هكذا الرجم إذن يصيب بعضكم بعضاً، صفوا كصف الصلاة صفاً خلف صف، إلى أن قال: ثم رجمها ثم أمرهم فرجم صف ثم صف ثم صف [٢]. ولا يقام حدّ في مسجد بإجماع الفقهاء ولا تعزيز، إلا ما روي عن مالك أنه لا بأس بالتأديب في المسجد خمسة أسواط. قال أبو يوسف: أقام ابن أبي ليلى الحد في المسجد فخطأه أبو حنيفة. وفي الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وشراءكم

من حديث عليّ رضي الله عنه: يضرب الرجال في الحدود قياماً والنساء قعوداً. والثندوة بفتح الثاء والواو وبالضم والهمز مكان الواو والدال في الحالتين مضمونة: ثدي الرجل أو لحم الثديين. والهمدانية بسكون الميم منسوبة إلى همدان بسكون الميم حيّ من العرب. وقوله: **(لما روينا)** يعني من حديث الغامدية حيث حفر لها إلى الثندوة وقوله: **(والربط والإمساك غير مشروع)** يعني إلا أن يعجزهم كما ذكرناه. وقوله: **(ولما قوله ﷺ «أربع إلى الولاة» وذكر منها الحدود)** رواه ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير، والثلاثة الباقية: الصدقات، والجمعات، والفيء. وقوله: **(ولأن الحدود حق الله تعالى)** حق الله مشروع يتعلق به نفع العالم على الإطلاق والتنكير ليتناول مالنا وما علينا، وقولي على الإطلاق لإخراج حق العبد فإنه مشروع يتعلق به نفع العالم بالتخصيص كحرمة مال الغير مثلاً فإنها حق العبد لتعلق صيانة ماله بها فلهذا يباح بإباحة المالك ولا يباح الزنا بإباحة المرأة ولا بإباحة أهلها، وتمام التقرير فيه مذكور في التقرير.

قوله: (حق الله مشروع) أقول: حق الله مبتدأ، وقوله مشروع خبره.

---

(١) خبر رجم ماعز خبر مشهور بل مستفيض تقدمت طرقه فيما مضى، وما ورد من كونه ﷺ حفر له حفرة فهو منكر والصحيح من الأخبار أنه لم يحفر له هو الراجح كما ذهب إليه الكمال رحمه الله. والله أعلم.

(٢) أثر علي تقدم تخريجه وإسناده حسن.

الرجال، والربط والإمساك غير مشروع (ولا يقيم المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام) وقال الشافعي: له أن يقيمه لأن له ولاية مطلقة عليه كالإمام، بل أولى لأنه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الإمام فصار كالتعزير. ولنا قوله عليه

وبيعكم وإقامة حدودكم، وجمروها في جمعكم وصفوا على أبوابها المطاهر»[1] ولأنه لا يؤمن خروج النجاسة من المحدود فيجب نفيه عن المسجد قوله: (ولا يقيم المولى الحدّ على عبده إلا بإذن الإمام) وقال الشافعي ومالك وأحمد: يقيمه بلا إذن، وعن مالك إلا في الأمة المزوّجة، واستثنى الشافعي من المولى أن يكون ذمياً أو مكاتباً أو امرأة، وهل يجري ذلك على العموم حتى لو كان قتلاً بسبب الردة أو قطع الطريق أو قطعاً للسرقة، ففيه خلاف عندهم، قال النووي: الأصح المنصوص نعم لإطلاق الخبر، وفي التهذيب: الأصح أن القتل والقطع إلى الإمام لهم ما في الصحيحين من حديث أبي هريرة قال «سئل رسول الله ﷺ عن الأمة إذا زنت ولم تحصن قال: إن زنت فاجلدوها، ثم إن زنت فاجلدوها، ثم إن زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير» قال ابن شهاب: لا أدري أبعد الثالثة أو الرابعة[2] والضفير الحبل. وفي السنن عنه عليه الصلاة والسلام «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم»[3] ولأنه يملك تعزيره

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٧٥٠ والعقيلي ٣/ ٣٤٨ وابن عدي في الضعفاء ٥/ ٢١٩ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٢/ ٢٦ وابن الجوزي في الواهيات ٦٧٧ من طرق كلهم عن العلاء بن كثير الليثي الشامي عن مكحول عن واثلة وأبي الدرداء وأبي أمامة كلهم به مرفوعاً.
ومداره على العلاء الشامي. وقد وقع مدلّساً في رواية ابن ماجه حيث ذكروه بكنيته، فقال الراوي عنه: عن أبي سعيد عن مكحول، ومع ذلك، فالراوي عنه واهٍ.
قال البوصيري في الزوائد: فيه الحارث بن نبهان متفق على ضعفه اهـ.
قلت: والحارث ليس في طرق أخرى، فالعلة هو العلاء فمداره عليه وقال الهيثمي عن العلاء: ضعيف.
وقال ابن عدي: قال علي المديني: روى عن مكحول، وهو ضعيف الحديث جداً.
وقال يحيى: ليس بشيء.
قال ابن عدي: وله عن مكحول عن الصحابة نسخة غير محفوظة، وهو منكر الحديث اهـ.
وقال البخاري في تاريخه الكبير ٣ . ٢ : ٥٢٠ منكر الحديث. وقال ابن حبان في المجروحين ٢/ ١٨٢ : كان ممن يروي الموضوعات عن الأثبات.
وأخرجه ابن عدي ٤/ ١٣٥ من حديث أبي هريرة مختصراً وأعله بعبدالله بن محرز الجزري، ونقل عن ابن معين قوله: ليس بثقة.
وقال الهيثمي ٢/ ٢٦ : ورواه العلاء مكحول عن معاذ مرفوعاً ومكحول لم يسمع من معاذ اهـ.
قلت: وعلته الأشد والأدهى من ذلك أن العلاء متهم بالوضع.
وجاء في تلخيص الحبير ٤/ ١٨٨ ما ملخصه: قال البيهقي: روي عن مكحول عن يحيى بن العلاء عن معاذ، ليس بصحيح، ورواه البزار من حديث ابن مسعود، وقال: ليس له أصل من حديثه اهـ.
فالحديث واهٍ لشدة ضعف طرقه ولا يتعداه. والله تعالى أعلم.
تنبيه: وأما ما أراد المصنف الاستدلال به، فهو خبر له شواهد فقد أخرجه أبو داود ٤٤٩٠ وأحمد ٣/ ٤٣٤ والحاكم ٤/ ٣٧٨ والبيهقي ٨/ ٣٢٨ كلهم من طريق حكيم بن حزام عن أبيه عن جده «أن النبي ﷺ نهى أن يستقاد في المسجد وأن تنشد الأشعار. وأن تقام فيه الحدود».
وفيه: زفر بن وثيمة ذكره الذهبي في الميزان بهذا الحديث،
وقال: ضعفه عبد الحق.
وأخرجه ابن ماجه ٢٦٠٠ من حديث عمرو بن شعيب عن آبائه مرفوعاً، وفيه ابن لهيعة واهٍ.
وأخرجه الترمذي ١٤٠١ وابن ماجه ٢٦٦١ والدارمي ٢٢٦٨ والدارقطني ٣/ ١٤١ . ١٤٢ والبيهقي ٨/ ٣٩ كهم من حديث ابن عباس بلفظ: «لا تقام الحدود في المساجد، ولا يقتل الوالد بالولد» ومداره على إسماعيل المكي، وهو واهٍ. قال الترمذي: لا نعرفه مرفوعاً بهذا الإسناد إلا من حديث إسماعيل بن مسلم المكي، وتُكلِّم فيه من قبل حفظه اهـ وتابعه سعيد بن بشر على عمرو بن دينار.
أخرج الحاكم ٤/ ٣٦٩ وسعيد هذا واهٍ أيضاً. فالحديث بمجموع هذه الطرق لا ينزل عن درجة الحسن والله تعالى أعلم. لكن بهذا السياق. أما سياق المصنف فإنه واهٍ.

(٢) متفق عليه تقدم تخريجه قبل أربعة أحاديث.

(٣) تقدم أن هذا اللفظ هو من قول علي كما رواه مسلم وغيره، ووهم بعض الرواة، فأدرجه في المرفوع، وانظره قبل أربعة أحاديث.

الصلاة والسلام «أربع إلى الولاة وذكر منها الحدود» ولأن الحدّ حق الله تعالى لأن المقصد منها إخلاء العالم عن الفساد، ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الإمام أو نائبه، بخلاف التعزير لأنه حق العبد ولهذا يعزر الصبيّ وحق الشرع موضوع عنه. قال: **(وإحصان الرجل أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً قد تزوّج امرأة نكاحاً صحيحاً ودخل بها وهما على صفة الإحصان)** فالعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبة إذ لا خطاب دونهما، وما

صيانة لملكه عن الفساد فكذا الحد، ولأن له ولاية مطلقة عليه حتى ملك منه ما لا يملك الإمام من التصرف فملكه للإقامة عليه أولى من الإمام. ولنا ما روى الأصحاب في كتبهم عن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير موقوفاً ومرفوعاً «أربع إلى الولاة: الحدود، والصدقات، والجمعات، والفيء»(١) ولأن الحد خالص حق الله تعالى فلا يستوفيه إلا نائبه وهو الإمام، وهذا الاستدلال يتوقف على صحة هذا الحديث، وكونه حق الله فإنما يستوفيه نائبه مسلم، ولكن الاستنابة تعرف بالسمع، وقد دل على أنه استناب في حقه المتوجه منه على الأرقاء مواليهم بالحديث السابق، ودلالته على الإقامة بنفسه ظاهرة وإن كنا نعلم أنه ليس المراد الإقامة بنفسه؛ فإنه لو أمر به غيره كان ممتثلاً فجاز كون المراد ذكره الإمام ليأمر بإقامته، لكن ما لم يثبت المعارض المذكور لا يجب الحمل على ذلك، بل على الظاهر المتبادر من قول القائل أقام فلان الحد على فلان أو جلد فلان فلانا، والمتبادر أنه باشره أو أمر به، على أن المتبادر أحد دائر فيهما لا في ثلاثة وهما هذان مع رفعه إلى الحاكم ليحدّه، نعم من استقرّ اعتقاده على أن إقامة الحدود إلى الإمام فالمتبادر إليه من ذلك اللفظ الأخير بخصوصه قوله: **(وإحصان الرجم أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً قد تزوّج امرأة نكاحاً صحيحاً**

وقوله: **(وإحصان الرجم)** إنما قيد الإحصان بالرجم احترازاً عن إحصان القذف فإنه غير هذا على ما يجيء إن شاء الله. إحصان الرجم مشروط بسبع شرائط **(أن يكون حراً بالغاً عاقلاً مسلماً قد تزوّج امرأة نكاحاً صحيحاً ودخل بها وهما على صفة الإحصان)** هذا على قول المتقدمين. وأما المتأخرون فقد قالوا: شرائط الإحصان على الخصوص منها شيئان: الإسلام، والدخول بالنكاح

قوله: **(إحصان الرجم مشروط إلخ)** أقول: فيه نوع مخالفة لما في الهداية قوله: **(بسبع شرائط أن يكون حراً إلخ)** أقول: فيه مسامحة إلا أن يحمل على حذف الجار قال المصنف: **(وإحصان الرجم أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً إلخ)** أقول: وفي الجامع الرازي: لا يشترط قيام النكاح لبقاء الإحصان، كذا في الفتاوى للتمرتاشي قال المصنف: **(ودخل بها وهما على صفة الإحصان)** أقول الجملة حال من الداخل والمدخول بها ونظيره لقيت زيداً راكبين، وفي المحيط: وأما طريق ثبوت الإحصان فشيئان: الإقرار والبينة اهـ. وقال الإمام التمرتاشي في شرح الجامع الصغير: ولو ارتد المحصنان بطل إحصانهما، فإن أسلما لم يكونا محصنين إلا بجماع جديد، وكذا الكافران يسلمان والمملوكان يعتقان وقد كان جامعها قبل ذلك لم يكونا محصنين، فإن جامعها بعد العتق والإسلام يكونان محصنين لتحقق الشرط اهـ قال المصنف: **(والعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبة إلخ)** أقول: قال مولانا علاء الدين الأسود في شرح الجامع الصغير: قال الإمام قاضيخان في الجامع للصغير: وإنما يصير داخلاً في المحصن عن الزنا إذا توفرت عليه النعم الزواجر كالعقل فإنه مانع عن ارتكاب كل ما له عاقبة ذميمة، وكذلك الدين والحرية لأن الحر يمتنع عن ذهاب ماء الوجه والعبد لا يبالي به، وكذا البلوغ لأن الصغير لقلة عقله قلما يقف على العواقب، وكذلك الدخول في النكاح بعد البلوغ لأن به تقع الغنية عن الزنا، فإذا استجمعت الشرائط يصير محصناً اهـ.

---

(١) لا أصل له مرفوعاً. ذكره صاحب الهداية مرفوعاً، فقال الزيلعي في نصب الراية ٣/٣٢٦: غريب.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/٩٩: لم أجده.
ثم ذكر الزيلعي وابن حجر ورد عن الحسن البصري من قوله. رواه ابن أبي شيبة في مصنفه.
قالا: ورواه ابن أبي شيبة عن عبد الله بن محيريز من قوله.
ورواه ابن أبي شيبة عن عطاء الخراساني من قوله اهـ.
قلت: ولم يتعقبهما العلامة قاسم كعادته حيث يتعقب أحياناً ابن حجر في الدراية.
فالمرفوع لا يصح، ولم يرد، والموقوف غير مستبعد.
لكن ما رواه ابن أبي شيبة بأسانيد جيدة إنما هو عن التابعين، فهو مقطوع.

وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة إذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها، وهذه الأشياء من جلائل النعم. وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به، بخلاف الشرف والعلم لأن الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب

ودخل بها وهما على صفة الإحصان) قيد بإحصان الرجم لأن إحصان القذف غير هذا كما سيأتي. والإحصان في اللغة المنع، قال تعالى ﴿لتحصنكم من بأسكم﴾ [الأنبياء ٨٠] وأطلق في استعمال الشارح بمعنى الإسلام وبمعنى العقل وبمعنى الحرية. منه ﴿أن ينكح المحصنات﴾ [النساء ٢٥] وبمعنى التزويج وبمعنى الإصابة في النكاح وبمعنى العفة، يقال أحصنت: أي عفت وأحصنها زوجها. قال في المبسوط: المتقدمون يقولون إن شرائط الإحصان سبعة، وعدّ ما ذكرنا ثم قال: فأما العقل والبلوغ فهما شرطا الأهلية للعقوبة، وإلى ذلك أشار المصنف بقوله فالعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبة، والحرية شرط تكميل العقوبة لا شرط الإحصان على الخصوص، وشرط الدخول ثبت بقوله ﷺ «الثيب بالثيب»[1] والثيابة لا تكون إلا بالدخول اهـ. واختلف في اثنين من هذه: الإسلام وسيذكره المصنف، وكون كل واحد من الزوجين مساوياً للآخر في شرائط الإحصان وقت الإصابة بحكم النكاح فهو شرط عندنا خلافاً للشافعي، حتى لو تزوّج الحرّ المسلم البالغ العاقل أمة أو صبية أو مجنونة أو كتابية ودخل بها لا يصير الزوج محصناً بهذا الدخول، حتى لو زنى بعده لا يرجم عندنا؛ وكذا لو تزوّجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد أو مجنون أو صبي ودخل بها لا تصير محصنة فلا ترجم لو زنت. ولو تزوّج مسلم ذمية فأسلمت بعد ما دخل بها فقبل أن يدخل بها بعد الإسلام: أي أن يطأها إذا زنى لا يرجم، وكذا لو أعتقت الأمة التي هي زوجة الحرّ البالغ العاقل المسلم بعد مادخل بها لا يرجم لو زنى ما لم يطأها بعد الإعتاق، وعلى هذا لو بلغت بعد ما دخلبها وهي صغيرة وكذا لو كانت تحته حرّة مسلمة وهما محصنان فارتدّا معاً بطل إحصانهما، فإذا أسلما لا يعود إحصانهما حتى يدخل بها بعد الإسلام. وقولنا يدخل بها في نكاح صحيح: يعني تكون الصحة قائمة حال الدخول، حتى لو تزوّج من علق طلاقها بتزوّجها يكون النكاح صحيحاً، فلو دخل بها عقيبه لا يصير محصناً لوقوع الطلاق قبله. واعلم أن الإضافة في قولنا شرائط الإحصان ينبغي أن تكون بيانية: أي الشرائط التي هي الإحصان، وكذا شرط الإحصان. والحاصل أن الإحصان الذي هو شرط الرجم هو الأمور المذكورة، فهي أجزاؤه، وهو هيئة تكون باجتماعها فهي أجزاء علة، وكل جزء علة، فكل واحد حينئذ شرط وجوب الرجم، والمجموع علة لوجود الشرط المسمى بالإحصان، والشرط يثبت سمعاً أو قياساً على ما اختاره فخر الإسلام وغيره. لا يقال: كما أن الحد لا يثبت قياساً فكذا شروطه. لأنا نقول: بل يجب أن تثبت شروطه قياساً لأن عدم جواز نفس الحد إما لعدم المعقولية أو لأنه لا يثبت بما ازدادت فيه شبهة، وإثبات الشرط احتيال للدرء لا لإيجابه بقي الشأن في تحقيقه، وقد أثبت المصنف شرط اتفاقهما في صفة الإحصان مع غيره بقوله: (وهذه الأشياء من جلائل النعم) فإن من النعم كون كل من الزوجين مكافئاً للآخر في صفاته الشريفة ثم قال: (وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به) أي باستجماعها، وإذا نيط بكلها يلزم أن ينتفي الحدّ بانتفاء كل منها، ومن جملتها كون كل مثل الآخر فيلزم اشتراطه

الصحيح بامرأة هي مثله. وهذا الشرط الثاني مركب من ثلاثة من ذلك. وأما العقل والبلوغ فشرط لأهلية العقوبة لعدم الخطاب بدونهما، وأما الحرية فشرط تكميل العقوبة بواسطة تكامل النعمة، والمصنف وافق المتأخرين في جعل العقل والبلوغ شرطاً لأهلية العقوبة، وجعل الباقية شرطاً لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة لأن كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وتغلظه يستدعي أغلظ العقوبات وهذه الأشياء من جلائل النعم فكفرانها يكون سبباً لأفحش العقوبات وهو الرجم بالحجارة إلى الموت ليكون ثبوت الحكم بقدر سببه، وانحصر الشرائط على هذا العدد لأن الرجم بالزنا قد شرع عند استجماعها فيناط بها، والشرف والعلم

قال المصنف: (ولأن الحرية ممكنة) أقول: ينبغي أن يتأمل في تعيين المعطوف عليه لقوله ولأن الحرية ممكنة.

---

(١) سيأتي بعد قليل إن شاء الله تعالى.

الشرع بالرأي متعذر، ولأن الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال، والإصابة شبع بالحلال، والإسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا. والجناية بعد توفر الزواجر أغلظ والشافعي يخالفنا في اشتراط الإسلام وكذا أبو يوسف في رواية. لهما ما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين قد زنيا» قلنا: كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ، يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام «من أشرك بالله فليس بمحصن».

لظهور أثر وجود الشبهة في درء الحد، وعدم تماثلهما شبهة في تصور الصارف فيندرىء به، وبيانه ما ذكر في بيان كونها من جلائل النعم الصارفة عن الزنا بكمال اندفاع حاجته إلى الوطء عندها، فكونه بالغاً لأن الصغير لا تكمل فيه رغبة الكبيرة وبالعكس، وكذا المجنونة لا رغب فيها بل هي محل نفرة الطباع، وكذا ينفر المسلم عن صحبة من يفارقه في دينه منه ومنها، وكذا يرى الحر انحطاطاً بتزوّج الرقيق فلا تكمل الرغبة من الجانبين، وإذا ظهر تكامل الصارف وفيه تكامل النعمة كانت الجناية عندها أفحش فناسب كون العقوبة أغلظ فشرعت لذلك وهي الرجم عند استجماعها فنيط به: أي بالاستجماع لها (بخلاف الشرف والعلم لأن الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي ممتنع) ووجه عدم اعتبارهما في تكميل العقوبة أنهما لا مدخل لهما في تكميل الصارف وإن كانتا من جلائل النعم وذلك هو المعتبر، وأورد كيف يتصور كون الزوج كافراً وهي مسلمة كما يفيده ما ذكر في نفرة المسلم. وأجيب بأن يكونا كافرين فتسلم هي فيطأها قبل عرض القاضي الإسلام عليه وإبائه، وما لم يفرّق القاضي بينهما بإبائه هما زوجان قوله: (والشافعي يخالفنا في اشتراط الإسلام) أي في الإحصان (وكذا أبو يوسف في رواية) وبه قال أحمد وقول مالك كقولنا، فلو زنى الذمي الثيب الحر، يجلد عندنا ويرجم عندهم. لهم ما في الصحيحين من حديث عبد الله بن عمر «أن اليهود جاءوا إلى رسول الله ﷺ فذكروا له أن امرأة منهم ورجلاً قد زنيا، فقال لهم رسول الله ﷺ: ما تجدون في التوراة في شأن الزنا؟ فقالوا: نفضحهم ويجلدون، فقال عبد الله بن سلام: كذبتم إن فيها الرجم، فأتوا بالتوراة فنشروها فوضع أحدهم يده على آية الرجم فقرأ ما قبلها وما بعدها، فقال عبد الله: ارفع يدك، فرفع يده فإذا فيها آية الرجم، فقال: صدق يا محمد،

والجمال والحسب وإن كانت من جلائل النعم أيضاً إلا أن الشرع لم يرد باعتبارها ونصب الشرع بالرأي متعذر وقوله: (ولأن الحرية دليل على الاقتصار على تلك الشرائط يتضمن أن لها مدخلاً في الاستغناء عن الزنا دون غيرها من العلم والشرف وذلك لأن الحرية ممكنة من النكاح الصحيح) لأن الحرّ يتولى أمور نفسه ليس تحت ولاية أحد (والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال لا محالة) والدخول به شبع بالحلال والإسلام ممكن من نكاح المسلمة ومؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا، والجناية عند توافر الزواجر أغلظ ولقائل أن يقول في العلم بأحوال الآخرة وما يترتب على الزنا من الفساد عاجلاً والعقوبة آجلاً من الزواجر لا محالة، والجمال في المنكوحة مقنع للزوج عن النظر إلى غيرها، والشرف يردع عن لحوق معرّة الزنا وعقابه فكان الواجب أن يكون من شرائطه. والجواب أن المسلم الناشىء قلما يخلو عن العلم بما ذكرت، والجمال والشرف ليس لهما حد معلوم يضبطان به فلا تكون معتبرة. وأما وجه اشتراط كونهما على صفة الإحصان عند الدخول فسنذكره (والشافعي يخالفنا في اشتراط الإسلام، وكذا أبو يوسف في رواية) مستدلين بما روي مسنداً إلى ابن عمر رضي الله عنه «أن اليهود جاءوا إلى النبي ﷺ فذكروا له أن رجلاً منهم وامرأة زنيا، فقال لهم رسول الله ﷺ: ما تجدون في التوراة في شأن الزنا؟ فقالوا: نفضحهم ويجلدون، فقال عبد الله بن سلام: كذبتم إن فيها الرجم، فأتوا بالتوراة فنشروها فجعل أحدهم يده على آية الرجم ثم جعل يقرأ ما قبلها وما بعدها، فقال عبد الله بن سلام: ارفع يدك، فرفعها فإذا فيها آية الرجم، فقال: صدق يا محمد فيها آية الرجم، فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما» (قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ، يؤيده) ما روى أصحابنا في كتبهم عن ابن عمر («من أشرك بالله فليس بمحصن»)

والمعتبر في الدخول إيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل. وشرط صفة الإحصان فيهما عند الدخول، حتى

فأمر بهما النبي ﷺ فرجما» والذي وضع يده على اية الرجم عبد الله بن صوريا[1] . وأجاب المصنف بأنه إنما رجمهما بحكم التوراة، فإنه سألهم عن ذلك أوّلاً، وأن ذلك إنما كان عندما قدم عليه الصلاة والسلام المدينة ثم نزلت آية حد الزنا وليس فيها اشتراط الإسلام في الرجم، ثم نزل حكم الإسلام بالرجم باشتراطه للإحصان وإن كان غير متلوّ، وعلم ذلك من قوله ﷺ «من أشرك بالله فليس بمحصن» رواه إسحاق بن راهويه في مسنده: أخبرنا عبد العزيز بن محمد، حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال «من أشرك بالله فليس بمحصن»[2] فقال إسحاق رفعه مرة فقال عن رسول الله ﷺ ووقفه مرة. ومن طريقه رواه الدارقطني في سننه وقال: لم يرفعه غير إسحاق بن راهويه، ويقال إنه رجع عن ذلك، والصواب أنه موقوف. قال في العناية: ولفظ إسحاق كما تراه ليس فيه رجوع، وإنما ذكر عن الراوي أنه مرة رفعه ومرة أخرجه مخرج الفتوى فلم يرفعه، ولا شك أن مثله بعد صحة الطريق إليه محكوم برفعه على ما هو المختار في علم الحديث من أنه إذا تعارض الرفع والوقف حكم بالرفع[3] . وبعد ذلك إذا خرج من طرق فيها ضعف لم يضر. وأما قوله ﷺ «لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحرّ الأمة ولا الحرة العبد»[4]. فالله أعلم به،

وقوله: (والمعتبر في الدخول إيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل) لبيان ما يحصل به الإحصان من الجماع، وفيه

قال المصنف: (والمعتبر في الدخول إيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل) أقول: وتجوز الشهادة بالدخول بالتسامع ولا تمس الحاجة إلى المعاينة كما سيجيء في كتاب الشهادة.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٣٢٩ و ٣٦٣٥ و ٤٥٥٦ و ٦٨٤١ و ٦٨١٩ و ٧٣٣٢ و ٧٥٤٣ ومسلم ١٦٩٩ من وجوه وأبو داود ٤٤٤٦ والترمذي ١٤٣٦ والدارمي ٢٢٣٥ ومالك ٢/ ٨١٩ وعبد الرزاق ١٣٣٣١ و ١٣٣٣٢ والشافعي ٢/ ٨١ وأحمد ٢/ ٧ ـ ٦٣ ـ ٧٦ وابن حبان ٤٤٣٤ و ٤٤٣٥ والبغوي ٢٥٨٣ والبيهقي ٨/ ٢١٤ من وجوه كلهم من حديث ابن عمر رووه مطولاً ومختصراً بألفاظ متقاربة، والقصة واحدة. وآخره: «قال ابن عمر: وأنا فيمن رجمهما يومئذ»

(٢) الصواب وقفه. أخرجه إسحق في مسنده كما في نصب الراية ٣/ ٣٢٧ ومن طريق الدارقطني ٣/ ١٤٧ والبيهقي ٨/ ٢١٦ كلهم من حديث ابن عمر مرفوعاً.

وقال الدارقطني: لم يرفعه غير إسحق، ويقال رجع عنه، والصواب موقوف، وكذا نقل البيهقي كلام الدارقطني.

أما الزيلعي فقال في ٣/ ٢٢٧: قال إسحق عقب الحديث: رفعه مرة ووقفه مرة. فليس فيه رجوع إسحق، وإنما أحال إسحق التردد على الراوي في رفعه ووقفه اهـ.

قلت: والراوي الذي تردد فيه إنما هو شيخ إسحق، وهو عبد العزيز بن محمد الدراوردي.

قال في التقريب عنه: صدوق كان يحدث من كتب غيره فيخطيء

قال النسائي: حديثه عن عبيد الله العمري منكر اهـ.

قلت: وهذه علة الحديث، فإنه رواه عن عبيد الله بن عمر العمري، وهو ثقة ثبت وشيخ العمري هذا نافع، وهو ثقة ثبت، فالعلة إنما هي عبد العزيز ابن محمد كما وضح ذلك كلام النسائي رحمه الله تعالى.

وأخرجه الدارقطني ٣/ ١٤٦ ـ ١٤٧ والبيهقي ٨/ ٢١٦ كلاهما من حديث ابن عمر.

قال الدارقطني: وهم عفيف بن سالم فى رفعه والصواب وقفه على ابن عمر اهـ ونقله البيهقي عن الدارقطني.

ثم قال البيهقي: وتابعه معافى بن عمران على الثوري في رفعه وابن عمران منكر الحديث اهـ ثم أسنده البيهقي موقوفاً. ونقل الزيلعي عن ابن القطان قوله: عفيف بن سالم ثقة، وإنما علة الحديث أنه من رواية أحمد بن أبي نافع، ولم تثبت عدالته وقال ابن عدي: هو منكر من حديث الثوري اهـ ٣/ ٣٢٧ الخلاصة: المرفوع وهم وهو ضعيف، والصواب وقفه.

(٣) هذا إذا تساوى الراويان في الحفظ والتثبت وإلا فالحكم للأحفظ. وقد تبين أن الدراوردي منكر الحديث في روايته عن العمري، وتقدم ما فيه كفاية.

(٤) كذا قال المصنف وعلم الله على الرأس، والعين لكن يجدر بنا أن نذكر كلام علماء الحديث.

قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٢٨: غريب.

وقال الحافظ في الدراية ٢/ ٩٩: لم أجده.

فالحديث لا أصل له، وإلا لعرفه هذان الحافظان الجهبذان.

لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لا يكون محصناً، وكذا إذا كان الزوج موصوفاً بإحدى هذه الصفات وهي حرّة مسلمة عاقلة بالغة، لأن النعمة بذلك لا تتكامل إذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة، وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذراً عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين. وأبو يوسف رحمه الله يخالفهما في الكافرة، والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه الصلاة والسلام **(لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحرُّ الأمة ولا الحرّة العبد)** قال: **(ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد)** لأنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع، ولأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم، لأن زجر غيره يحصل بالرجم إذ هو في

ومعناه رواه الدارقطني وابن عدى من حديث أبي بكر بن أبي مريم عن عليّ عن أبي طلحة عن كعب بن مالك «أنه أراد أن يتزوّج بيهودية فقال له ﷺ لا تتزوجها فإنها لا تحصنك»[1] وضعف ابن أبي مريم، وعليّ بن أبي طلحة لم يدرك كعباً، لكن رواه بقية بن الوليد عن عتبة بن تميم عن عليّ بن أبي طلحة عن كعب بن مالك وهو منقطع. وأنت تعلم أن الانقطاع عندنا داخل في الإرسال بعد عدالة الرواة، وبقية قدمنا الكلام فيه أول هذا الشرح والله أعلم. وعلى كل حال هو شاهد للحديث الأول فيحتج به، ولا معنى لفصل المصنف بين هذا الحديث والحديث الأول بالفروع التي ذكرها وهما معاً في غرض واحد وهو الاحتجاج على أبي يوسف ومن معه بل كان الوجه جمعهما ثم يقول هنا لما ذكرنا. واعلم أن الأسهل مما ادعى أن يقال حين رجمهما كان الرجم ثبتت مشروعيته في الإسلام وهو الظاهر من قوله ﷺ «ما

نظر لأنه ينافي ما تقدم من قوله والإصابة شبع بالحلال. فإن الشبع إنما يكون بالإنزال دون الإيلاج عرف ذلك في حديث رفاعة حيث قال ﷺ «لا حتى تذوقي من عسيلته ويذوق من عسيلتك» بالتصغير. وقوله: **(وشرط صفة الإحصان فيهما)** ظاهر. وقيل كيف يتصور أن يكون الزوج كافراً والمرأة مسلمة؟ وأجيب بأن صورته أن يكونا كافرين فأسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الإسلام عليه لأنه ما لم يفرق القاضي بينهما بالإباء عند عرض الإسلام فهما زوجان وقد مر **(وأبو يوسف يخالفهما في الكافرة)** في أن إسلام المنكوحة وقت الدخول بها شرط إحصان الزاني. فعنده ليس بشرط، حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة يصير محصناً **(والحجة عليه)** أي على أبي يوسف **(ما ذكرناه)** يعني من قوله ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين. وقوله: **(وقوله عليه الصلاة والسلام)** معطوف على قوله ما ذكرناه **(«لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الأمة ولا الحرة العبد»)** ذكره شمس الأئمة السرخسي مرسلاً في مبسوطه. قال: **(ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم)** وفي رواية عن أحمد يجمع بينهما

قوله: **(فإن الشبع إنما يكون بالإنزال)** أقول: الإنزال لا يمكن إثباته بشهود بخلاف الدخول فأقيم سببه المفضي إليه أكثرياً مقامه فليتأمل قال المصنف: **(وفي المملوكة حذراً عن رق الولد)** أقول: هذا لا يجري فيما إذا كانت الزوجة حرة والزوج مملوكاً إذ الولد يتبع الأم في الحرية والرقية، ولو قال وفي المملوكة لحقارتها ودناءتها لأمكن التعميم كما لا يخفى قوله: **(والحجة عليه: أي على أبي يوسف رحمه الله)** أقول: قال الإتقاني: قوله والحجة عليه ما ذكرناه: أي الحجة على أبي يوسف قوله عليه الصلاة والسلام «من أشرك بالله فليس بمحصن» اهـ. وأنت خبير بفساده، والصحيح ما ذكره الشيخ أكمل الدين.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/١٤٨ والبيهقي ٨/٢١٦ وابن عدي في الكامل ٢/٣٩ كلهم عن علي بن أبي طلحة عن كعب بن مالك به، وفيه ابن أبي مريم.

قال الدارقطني وتبعه البيهقي: أبو بكر بن أبي مريم ضعيف. وعلي بن أبي طلحة لم يدرك كعباً اهـ وزاد البيهقي فقال: ورواه بقية بن الوليد عن عتبة بن تميم عن علي بن أبي طلحة عن كعب، وهو منقطع اهـ.

ونقل الزيلعي في نصب الراية ٣/٣٢٨ عن عبد الحق قوله: لا أعلم أحداً رواه عن ابن أبي طلحة إلا عتبة هذا وابن أبي مريم وهو ضعيف الإسناد. منقطع.

وقال ابن القطان: هو ضعيف الإسناد، ومنقطع اهـ.

وأما قول ابن الهمام: الانقطاع داخل عندنا في الإرسال بعد عدالة الرواة.

فجوابه: بقية مدلس وقد عنعنه وأما ابن أبي مريم، فإنه واه صاحب مناكير فالعدالة لم توجد والله تعالى أعلم.

العقوبة أقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه. قال: (ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي) والشافعي يجمع بينهما حدّاً لقوله عليه الصلاة والسلام «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام» ولأن فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف. ولنا قوله تعالى: ﴿فاجلدوا﴾ جعل الجلد كل الموجب رجوعاً إلى حرف الفاء وإلى كونه كل المذكور، ولأن في التغريب فتح

تجدون في التوراة في شأن الرجم»[1] ثم الظاهر كون اشتراط الإسلام لم يكن ثابتاً، وإلا لم يرجمهم لانتساخ شريعتهم وإنما يحكم بما أنزل الله إليه، وإنما سألهم عن الرجم في التوراة ليبكتهم بترك ما أنزل عليهم فحكم برجمهما بشرعه الموافق لشرعهم، وإذا لزم كون الرجم كان ثابتاً في شرعنا حال رجمهم بلا اشتراط الإسلام وقد ثبت الحديث المذكور المفيد لاشتراط الإسلام وليس تاريخ يعرف به تقدم اشتراط الإسلام على عدم اشتراطه أو تأخره، فيكون رجمه اليهوديين وقوله المذكور متعارضين فيطلب الترجيح، والقول يقدم على الفعل. وفيه وجه آخر وهو أن تقديم هذا القول يوجب درء الحد وتقديم ذلك الفعل يوجب الاحتياط في إيجاب الحد، والأولى في الحدود ترجيح الدافع عند التعارض، ولا يخفي أن كل مرجح فهو محكوم بتأخره اجتهاداً، ولقد طاح بهذا دفع بعض المعترضين قوله: (والمعتبر في الدخول) المحقق للإحصان (إيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل) وهو بغيبوبة الحشفة فقط أنزل أو لم ينزل. وقوله حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة الخ تقدم بيانه قوله: (ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد) وهو قول مالك والشافعي ورواية عن أحمد، ويجمع في رواية أخرى عنه، وأهل الظاهر إلى أنه يجمع. للجمهور أنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع، وهذا على وجه القطع في ماعز والغامدية وصاحبة العسيف، وقد تظافرت الطرق عنه عليه الصلاة والسلام أنه بعد سؤاله عن الإحصان وتلقينه الرجوع لم يزد على الأمر بالرجم فقال «اذهبوا به فارجموه» وقال «اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» ولم يقل فاجلدها ثم ارجمها. وقال في باقي الحديث «فاعترفت فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت» وكذا في الغامدية والجهنية[2] إن كانت غيرها لم يزد على الأمر برجمها وتكرر، ولم يزد أحد على ذلك فقطعنا بأنه لم يكن غير الرجم، فقوله عليه الصلاة والسلام «خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم أو رمي بالحجارة»[3] يجب قطعاً كونه منسوخاً.

لما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه أنه ﷺ قال «الثيب بالثيب جلد مائة ورمي بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة» ولنا أن النبيّ ﷺ لم يجمع بينهما في ماعز ولا في الغامدية ولا الصحابة بعده، وحديث عبادة بيان لقوله تعالى ﴿أو يجعل الله لهن سبيلاً﴾ وحديث ماعز بعده فيكون ناسخاً. وقوله: (ولأن الجلد يعرى) ظاهر. وقوله: (والشافعي يجمع بينهما حداً) أي في حد الزنا بنفي الرجل والمرأة جميعاً لقوله ﷺ: («البكر جلد مائة وتغريب عام») ولأن التغريب من تتمة الحد، فكما أن الرجل والمرأة في حق الجلد سواء فكذلك في حق التغريب (ولأن فيه) أي في التغريب (حسم مادة الزنا لقلة المعارف) أي لقلة من يعرفهم ويعرفونه من الأحباء والحبيبات، لما أن الزنا إنما ينشأ من الصحبة والمؤانسة والتغريب قاطع لذلك (ولنا قوله تعالى ﴿فاجلدوا﴾ جعل الجلد كل الموجب رجوعاً إلى حرف الفاء) ورجوعاً نصب على المصدر ومعناه أن الفاء للجزاء، وإذا ذكر الجزاء بعد الشرط

قال المصنف: (ولأن فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف) أقول: الحسم القطع والأنسب سد باب الزنا.

---

(١) هو بعض حديث رجم اليهوديّين تقدم قبل أربعة أحاديث.

(٢) تقدمت هذه الأحاديث، وما قبلها. والغامدية هي الجهنية.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٩٠ ح ١٢ - ١٣ - ١٤ وأبو داود ٤٤١٦ و ٤٤١٥ والترمذي ١٤٣٤ وابن ماجه ٢٥٥٠ والنسائي في الكبرىٰ في الرجم وفضائل القرآن كما في تحفة الأشراف ٤/ ٢٤٧ والدارمي ٢٢٤١ وابن الجارود ٨١٠ والطحاوي ٣/ ١٣٤ وابن أبي شيبة ١٠/ ١٨٠ وأحمد ٥/ ٣١٣ . ٣١٨ . ٣٢٠ . ٣٢١ والبيهقي ٨/ ٢٢٢ وابن حبان ٤٤٢٥ و ٤٤٢٦ و ٤٤٢٧ و ٤٤٤٣ والطيالسي ٥٨٤ من طرق كثيرة كلهم من حديث عبادة بن الصامت مع تغير يسير فيه، وبعضهم قدم فيه وأخّر. ولفظ: تغريب عام. غير موجود في السنن وإنما هو في مسلم، والسنن بلفظ: «ونفي سنة» وسيأتي لفظ: «تغريب عام» في البخاري بعد أربعة أحاديث.

باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء، فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا، وهذه الجهة مرجحة لقول عليّ رضي الله تعالى عنه: كفى بالنفي فتنة، والحديث منسوخ كشطره، وهو قوله عليه الصلاة

قال: (ولأن الجلد يعرى عن المقصود) وهو الانزجار أو قصد الانزجار لأن القتل إذا كان لاحقاً كان الجلد خلواً عن الفائدة الدنيوية التي شرع لها الحدّ والنسخ قد تحقق في حق الزنا فإنه كان أوّلاً الأذى باللسان على ما أمر به تعالى من قوله: ﴿واللذان يأتيانها منكم فآذوهما﴾ [النساء ١٦] ثم نسخ بالحبس في حقهن بقوله تعالى ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم﴾ إلى قوله: ﴿فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلاً﴾ [النساء ١٥] فإنه كان قبل سورة النور لقوله عليه الصلاة والسلام: «خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً»[(١)] وإلا لقال خذوا عن الله، ولا يخفى أن ذلك غير لازم. والصواب ما ذكرنا من القطع بأنه لم يجمع بين الجلد والرجم فلزم نسخه وإن لم يعلم خصوص الناسخ. وأما جلد عليّ رضي الله عنه شراحة ثم رجمها فإما لأنه لم يثبت عنده إحصانها إلا بعد جلدها، أو هو رأي لا يقاوم إجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا ما ذكرنا من القطع عن رسول الله ﷺ قوله: (ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما) وكذا أحمد والثوري والأوزاعي والحسن بن صالح. وله في العبد أقوال يغرّب سنة، نصف سنة، لا يغرب أصلاً. وأما تغريب المرأة فمع محرم وأجرته عليها في قول، وفي بيت المال في قول. ولو امتنع ففي قول يجبره الإمام، وفي قول لا. ولو كانت الطريق آمنة ففي تغريبها بلا محرم قولان لقوله ﷺ «خذوا عني» الحديث قوله: (لقوله ﷺ «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام») أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي من رواية عبادة بن الصامت عنه ﷺ «خذوا عني»[(٢)] الحديث، وتقدم (ولأن فيه حسم مادة الزنا لقلة المعارف) لأنه هو الداعية إلى ذلك،

بالفاء دل استقراء كلامهم أنه هو الجزاء؛ ألا ترى أنه إذا قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة ليس جزاء الشرط إلا ما هو المذكور بعد الفاء. وقوله: (وإلى كونه كل المذكور) أي رجوعاً إلى كونه كل المذكور، ومعناه أنه ذكر الجلد دون النفي في موضع الحاجة والعمل بالحديث الذي رواه نسخ للكتاب وهو لا يجوز. وقوله: (ولأن في التغريب) ظاهر. وقوله: (ثم فيه) أي في التغريب (قطع مادة البقاء) يعني ما يحتاج إليه من المأكول والملبوس (فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا) لازدياده شهوة. وقوله: (وهذه الجهة مرجحة لقول عليّ) نقل بفتح الجيم وكسرها؛ فوجه الفتح أن هذه الجهة من العلة أقوى من علة الخصم بشهادة قول عليّ لصحة ما قلناه. ووجه الكسر أن الخصم ينكر صحة نقل قول علي فقال المصنف هذه الجهة من جهات العلل تؤيد صحة قول عليّ، فكانت اللام للصلة داخلة على المفعول كما في قوله تعالى ﴿والذين هم للزكاة فاعلون﴾ وفي الوجه الأول كانت للتعليل. فإن قيل: الأصل أن ما يصلح علة لا يصلح مرجحاً وهذه الجهة علة فكيف صلحت مرجحة. أجيب بأن هذه الجهة ليست بمثبتة للحد بل هي نافية، مع أن النفي ليس بحكم واجب في الحد فيصلح للترجيح، ففي مثل هذا الموضع تذكر العلل موضحاً بعضها بعضاً. وما أرى اختيار المصنف لفظ الجهة على لفظ العلة إلا لهذا كذا في النهاية.

قوله: (والعمل بالحديث الذي رواه نسخ للكتاب وهو لا يجوز) أقول: لأنه خبر الواحد ولا ينسخ به الكتاب كما يبين في موضعه. وفيه نظر لما سيجيء من الاعتراف بنسخ ذلك الخبر بعينه قوله تعالى ﴿فأمسكوهن في البيوت﴾ إلا أن يقال: المراد أنه خبر غير متأخر عن تلك الآية فلا يجوز أن يكون ناسخاً لما هو غير متأخر عنه قوله: (ووجه الكسر أن الخصم إلخ) أقول: الخصم ينكر صحة النقل عنه، وهذه الجهة لا تؤيدها فإن طريق ثبوت النقل هو رواية العدول قوله: (مع أن النفي ليس بحكم إلخ) أقول: لعل مراده نفي النفي قوله: (ففي مثل هذا الموضع إلخ) أقول: لا بد من التأمل في هذا المقام.

---

(١) هو بعض المتقدم.

(٢) هو بعض المتقدم.

فائدة: قال الترمذي عقب حديث عبادة: والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم علي وأبي بن كعب وابن مسعود وغيرهم قالوا: الثيب تجلد وترجم. وهو قول إسحق.

وقال أبو بكر وعمر وغيرهما: لا يُجلد. وهو قول: الثوري وابن المبارك والشافعي وأحمد اهـ.

قلت: وهو قول الحنفية أيضاً، فهو قول الجمهور.

....

ولذا قيل لامرأة من العرب: ما حملك على الزنا مع فضل عقلك؟ قالت: طول السواد وقرب الوساد. والسواد المسارّة من ساوده إذا ساره. ولنا قوله تعالى ﴿الزانية والزاني فاجلدوا﴾ [النور ٢] شارعاً في بيان حكم الزنا ما هو، فكان المذكور تمام حكمه وإلا كان تجهيلاً، إذ يفهم أنه تمام الحكم وليس تمامه في الواقع فكان مع الشروع في البيان أبعد من ترك البيان لأنه يوقع في الجهل المركب وذلك في البسيط ولأنه هو المفهوم لأنه جعل جزاء للشرط فيفيد أن الواقع هذا فقط، فلو ثبت معه شيء آخر كان شبهة معارضة لا مثبتة لما سكت عنه في الكتاب وهو الزيادة الممنوعة. وأما ما يفيده كلام بعضهم من أن الزيادة بخبر الواحد إثبات ما لم يوجبه القرآن وذلك لا يمتنع وإلا بطلت أكثر السنن وأنها ليست نسخاً وتسميتها نسخاً مجرد اصطلاح، ولذا زيد في عدة المتوفى عنها زوجها الإحداد على المأمور به في القرآن وهو التربص، فهو يفيد عدم معرفة الاصطلاح، وذلك أنه ليس المراد من الزيادة إثبات ما لم يثبته القرآن ولم ينفه. لا يقول بهذا عاقل فضلاً عن عالم، بل تقييد مطلقه على ما عرف من أن الإطلاق مما يراد، وقد دل عليه باللفظ المطلق، وباللفظ يفاد المعنى، فأفاد أن الإطلاق مراد وبالتقييد ينتفي حكمه عن بعض ما أثبته فيه اللفظ المطلق، ثم لا شك أن هذا نسخ، وبخبر الواحد لا يجوز نسخ الكتاب، وظن المعترض أن الإحداد زيادة غلط لأنه ليس تقييداً للتربص وإلا لو تربصت ولم تحدّ في تربصها حتى انقضت العدة لم تخرج عن العدة، وليس كذلك بل تكون عاصية بترك واجب في العدة، فإنما أثبت الحديث واجباً لا أنه قيد مطلق الكتاب. نعم ورد عليه أن هذا الخبر مشهور تلقته الأمة بالقبول فتجوز الزيادة به اتفاقاً، والمصنف رحمه الله عدل عن هذه الطريقة فلا يلزمه ذلك إلى ادعاء نسخ هذا الخبر مستأنساً له بنسخ شطره الثاني وهو الدال على الجمع بين الجلد والرجم فكذا نصفه الآخر، وأنت تعلم أن هذا ليس بلازم، بل يجوز أن تروى جمل بعضها نسخ وبعضها لا. ولو سلك الطريق الأول وادعى أنه آحاد لا مشهور وتلقى الأمة بالقبول إن كان إجماعهم على العمل به فممنوع لظهور الخلاف، وإن كان إجماعهم على صحته بمعنى صحة سنده فكثير من أخبار الآحاد كذلك فلم تخرج بذلك عن كونها آحاداً، وقد خطىء من ظنه يصير قطعياً فادعى فيما رواه البخاري ذلك وغلط على ما يعرف في موضعه، وإذا كان آحاداً وقد تطرق إليه النسخ بقرينة نسخ شطره فلا شك أنه ينزل عن الآحاد التي لم يتطرق ذلك إليها فأحرى أن لا ينسخ به ما أفاده الكتاب من أن جميع الموجب الجلد فإنه يعارضه فيه، لا أن الكتاب ساكت عن نفي التغريب فكيف وليس فيه ما يدل على أن الواجب من التغريب بطريق الحد، فإن أقصى ما فيه دلالة قوله «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»[1] وهو عطف واجب على واجب وهولا يقتضيه، بل ما في البخاري من قول أبي هريرة «إن رسول الله ﷺ قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفي عام»[2] وإقامة الحد ظاهر في أن النفي ليس في الحد لعطفه عليه، وكونه استعمل الحد في جزء مسماه وعطفه على الجزء الآخر بعيد ولا دليل يوجبه، وما ذكر من الألفاظ لا يفيده فجاز كونه تغريباً لمصلحة. وأما مالك رحمه الله فرأى أن الحديث ما دلّ إلا على الرجل بقوله «البكر بالبكر» فلم تدخل المرأة، ولا شك أنه كغيره من المواضع التي تثبت الأحكام في النساء بالنصوص المفيدة إياها للرجال بتنقيح المناط. وأيضاً فإن نفس الحديث يجب أن يشملهن فإنه قال «خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر»[3] الحديث،

....

(١) تقدم قبل قليل.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٨٣٣ والبيهقي ٨/ ٤٢٢ كلاهما عن أبي هريرة مرفوعاً وزادا: وبإقامة الحدّ عليه.

وأخرجه البخاري ٦٨٣١ والبيهقي ٨/ ٢٢٢ كلاهما عن زيد بن خالد الجهني قال: «سمعت النبي ﷺ يأمر فيمن زنى، ولم يُحصن جلدَ مائة، وتغريبَ عام».

(٣) هو حديث عبادة تقدم قبل قليل.

والسلام «الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة» وقد عرف طريقه في موضعه. قال: (إلا أن يرى الإمام في ذلك مصلحة فيغرّ به على قدر ما يرى) وذلك تعزير وسياسة لأنه قد يفيد في بعض الأحوال فيكون الرأي فيه إلى الإمام، وعليه يحمل النفي

فنص على أن النفي والجلد سبيل لهن، والبكر يقال على الأنثى؛ ألا ترى إلى قوله «البكر تستأذن»[١] ثم عارض ما ذكر الشافعيّ من المعنى بأن في النفي فتح باب الفتنة لانفرادها عن العشيرة وعمن تستحي منهم إن كان لها شهوة قوية فتفعله، وقد تفعله لحامل آخر وهو حاجتها إلى ما يقوم بأودها، ولا شك أن هذا المعنى في إفضائه إلى الفساد أرجح مما ذكره من إفضاء قلة المعارف إلى عدم الفساد خصوصاً في مثل هذا الزمان لمن يشاهد أحوال النساء والرجال فيترجح عليه، ويؤيده ما روى عبد الرزاق ومحمد بن الحسن في كتاب الآثار: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن سليمان عن إبراهيم النخعي قال: قال عبد الله بن مسعود في البكر يزني بالبكر يجلدان مائة وينفيان سنة. قال: وقال عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه: حسبهما من الفتنة أن ينفيا. وروى محمد بن الحسن: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال: كفى بالنفي فتنة. وروى عبد الرزاق: أخبرنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب قال: غرّب عمر رضي الله عنه ربيعة بن أمية بن خلف في الشراب إلى خيبر فلحق بهرقل فتنصر، فقال عمر: لا أغرب بعده مسلماً[٢]. نعم لو غلب على ظن الإمام مصلحة في التغريب تعزيزاً له أن يفعله وهو محمل التغريب الواقع للنبي ﷺ وللصحابة من أبي بكر وعمر وعثمان. ففي الترمذي: حدثنا كريب ويحيى بن أكثم قالا: حدثنا عبد الله بن إدريس عن

وقوله: (والحديث) يعني قوله «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام» (منسوخ كشطره وهو قوله عليه الصلاة والسلام «الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة» وقد عرف طريقه في موضعه) قيل يعني في طريقه الخلاف. فإن قيل: هذا «إثبات النسخ: بالقياس. أجيب بأنه بيان لكون الحديث منسوخاً بناسخ ولم يبين أن الناسخ ما هو. وحاصل ذلك أن حكم الزنا في الابتداء كان إمساك الزواني في البيوت حتى يتوفاهنّ الموت والإيذاء باللسان، فانتسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام «خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً» ثم انتسخ هذا الحديث بقوله تعالى ﴿الزانية والزاني﴾. والدليل على أن الحديث مقدم على قوله تعالى ﴿الزانية والزاني﴾ أن النبيّ ﷺ قال «خذوا عني» ولو كان انتساخ إمساك الزواني في البيوت بقوله ﴿الزانية والزاني﴾ لقال عليه الصلاة والسلام خذوا عن الله. وهذه الدلالة التي هي دلالة التقدم ههنا مثل دلالة التقدم في حديث العرنيين وإليه أشار بقوله في الكتاب وقد عرف طريقه في موضعه: أي دل في حديث العرنيين دال على أنه مقدم على قوله ﷺ «استنزهوا البول» وهو جواز المثلة، فكذلك ههنا دل الدال على أن الحديث مقدم على قوله تعالى ﴿الزانية والزاني﴾ وهو ما ذكرنا، هذا ما ذكره في النهاية وتبعه غيره من الشارحين. وقوله: (إلا أن يرى ذلك مصلحة) استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي يعني إذا رأى الإمام تغريب الزاني مصلحة لدعارته فعل ذلك على قدر ما يراه بطريق التعزير والسياسة (لأنه قد يفيد في بعض الأحوال فيكون الرأي فيه إلى الإمام، وعليه يحمل النفي المروى عن بعض الصحابة) روى أن أبا بكر رضي الله عنه جلد بكرين ونفاهما إلى فدك، وعمر

قوله: (قيل يعني في طريقة الخلاف) أقول: صاحب القيل هو الإتقاني. وقال الإتقاني في شرح قوله إذا زنى الصبي أو المجنون أو غيره: طريقة الخلاف اسم كتاب للإمام علاء الدين العالم قوله: (حاصل ذلك أن حكم الزنا إلخ) أقول: قال الإمام فخر الدين الزيلعي: حكم الزنا كان في الابتداء الإيذاء باللسان كما قال الله تعالى ﴿فآذوهما﴾ ثم نسخ بالحبس في البيوت بقوله تعالى ﴿فأمسكوهن في البيوت﴾ الآية اهـ. ففيه نوع مخالفة لما في النهاية والعناية فليتأمل قوله: (فانتسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام إلخ) أقول: مخالف لما سلف من أن الحديث بيان لقوله تعالى ﴿أو يجعل الله لهن سبيلاً﴾ ولا يخفى جوابه قوله: (وهو جواز المثلة فكذلك ههنا إلخ) أقول: ههنا خفاء لا يخفى. نعم نسخه في حق جواز المثلة لما روي من النهي عنها بعده لا كلام فيه، وإنما النزاع في نسخه في حق حل الانتفاع بأبوال الإبل ولا يظهر دال يدل عليه فليتأمل.

(١) تقدم في النكاح باب الولاية على النكاح.
(٢) راجع هذه الآثار في نصب الراية ٣/ ٣٣٠، ٣٣١.

المروى عن بعض الصحابة **(وإذا زنى المريض وحدّه الرجم رجم)** لأن الإتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض **(وإن كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ)** كيلا يفضي إلى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحرّ والبرد **(وإن زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها)** كيلا يؤدي إلى هلاك الولد وهو نفس محترمة **(وإن كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها)** أي ترتفع يريد به تخرج منه لأن النفاس نوع مرض فيؤخر إلى زمان البرء. بخلاف الرجم لأن التأخير لأجل

عبيد الله عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ ضرب وغرب، وأن عمر ضرب وغرّب»[1] إلا أنه قال: حديث غريب. وكذا رواه غير واحد عن عبد الله بن إدريس عن عبيدالله فرفعوه، ورواه بعضهم عن ابن إدريس عن نافع عن ابن عمر: أن أبا بكر ضرب وغرّب الحديث. وهكذا روى من غير رواية ابن إدريس عن عبد الله بن عمر ومن رواية محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر لم يقولوا فيه عن النبي ﷺ اهـ. وقال الدارقطني بعد أن ذكر رواية ابن نمير وأبي سعيد الأشجّ عن ابن إدريس عن عبيدالله عن نافع عن ابن عمر: إن أبا بكر ضرب وغرّب الحديث. لم يقل فيه إن النبي ﷺ هي الصواب، لكن روى النسائي: حدثنا محمد بن العلاء حدثنا عبدا لله بن إدريس به مرفوعاً، ورواه الحاكم في المستدرك وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، وذكره ابن القطان من جهة النسائي وقال: رجاله ليس فيهم من يسأل عنه لثقته وشهرته، وقال أيضاً: عندي أن الحديث صحيح، ولا يمتنع أن يكون عند ابن إدريس فيه عن عبدالله جميع ما ذكر. والحاصل أن في ثبوته عنه ﷺ اختلافاً عن الحفاظ.[2] وأما عن أبي بكر وعمر فلا اختلاف فيه، وقد أخرج ذلك عنهما أيضاً في الموطإ[3]. وأما روايته عن عثمان ففي مصنف ابن أبي شيبة: حدثنا جرير عن مغيرة عن ابن يسار مولى لعثمان قال: جلد عثمان امرأة في زنا ثم أرسل بها مولى له يقال له المهري إلى خيبر نفاها إليه. فهذا التغريب المروى عمن ذكرنا كتغريب عمر رضي الله عنه نصر بن حجاج وغيره بسبب أنه لجماله افتتن به بعض النساء حتى سمع قول قائلة:

هل من سبيل إلى خمر فأشربها … أو من سبيل إلى نصر بن حجاج
إلى فتى ماجد الأعراق مقتبل … سهل المحيا كريم غير ملجاج

رضي الله عنه سمع قائلة تقول:

هل من سبيل إلى خمر فأشربها … أو من سبيل إلى نصر بن حجاج
إلى فتى ماجد الأعراق مقتبل … سهل المحيا كريم غير ملجاج

فطلب نصراً ونفاه، وذلك لا يوجب النفي، ولكن فعل ذلك لمصلحة ظهرت له، فقال: ما ذنبي يا أمير المؤمنين؟ فقال: لا ذنب لك، وإنما الذنب لي حيث لا أطهر دار الهجرة منك. وعثمان رضي الله عنه جلد زانياً ونفاه إلى مصر، وعليّ رضي الله عنه جلد

---

(١) حسن غريب. أخرجه الترمذي ١٤٣٨ والحاكم ٤/ ٣٦٩ والبيهقي ٨/ ٢٢٣ كلهم من حديث ابن عمر. ووسط الحديث: «وأن أبا بكر ضرب وغرّب...» الحديث. سقط ذكر أبي بكر عند المصنف مع كونه في نصب الراية وكل كتب الحديث.
قال الترمذي: حديث غريب. رواه غير واحد عن عبد الله ابن إدريس الأردي، فرفعوه ورواه بعضهم، فوقفوه حيث لم يذكروا فيه النبي ﷺ. وقد صحح النفي عن النبي ﷺ في أحاديث عدة.
وقال الترمذي: والعمل على هذا عند أهل العلم من الصحابة وهو قول: الثوري ومالك وابن المبارك والشافعي وأحمد وإسحق اهـ.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد على شرطهما، ووافقه الذهبي. وهو كما قالا، رجاله رجال البخاري ومسلم، والاختلاف في رفعه ووقفه لا ينحط به عن درجة الحسن لثقة من وصله، وهي زيادة من الثقة، وهي مقبولة لا سيما وقد ورد له شواهد قولية، ولكن الغرابة أنه لم يرد له شاهداً واحداً فعلياً عنه ﷺ، فالحديث فيه غرابة، وما ذهب إليه الترمذي من قوله: غريب. صواب والله أعلم.
وانظر نصب الراية ٣/ ٣٣١ والدراية ٢/ ١٠٠ وقد قال ابن حجر: وقد رجح النسائي والدارقطني وقفه.
(٢) هذا هو الصواب وهو أن هناك اختلافاً في رفعه ووقفه.
(٣) أثر أبي بكر. أخرجه مالك ٢/ ٨٢٦ ومن طريقه البيهقي ٨/ ٢٢٣.
وأثر عمر. أخرجه مالك ٢/ ٨٢٧ عن نافع وفيه إرسال.

الولد وقد انفصل. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يؤخر إلى أن يستغني ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته لأن في التأخير صيانة الولد عن الضياع، وقد روي أنه عليه الصلاة والسلام قال للغامدية بعد ما وضعت «ارجعي حتى يستغني ولدك» ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتاً بالبينة كيلا تهرب، بخلاف الإقرار لأن الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس.

وذلك لا يوجب نفياً، وعلى هذا كثير من المشايخ السلوك المحققين رضي الله عنهم ورضي عنا بهم وحشرنا معهم كانوا يغرّبون المريد إذا بدا منه قوة نفس ولجاج لتنكسر نفسه وتلين، ومثل هذا المريد أو من هو قريب منه هو الذي ينبغي أن يقع عليه رأي القاضي في التغريب، لأن مثله في ندم وشدة، وإنما زل زلة لغلبة النفس. أما من لم يستح وله حال يشهد عليه بغلبة النفس فنفيه لا شك أنه يوسع طرق الفساد ويسهلها عليه قوله: (وإذا زنى المريض وحدّه الرجم) بأن كان محصناً حد لأن المستحق قتله ورجمه في هذه الحالة أقرب إليه (وإن كان حدّه الجلد لا يجلد حتى يبرأ) لأن جلده في هذه الحالة قد يؤدي إلى هلاكه وهو غير المستحق عليه، ولو كان المرض لا يرجى زواله كالسل أو كان خدلجاً ضعيف الخلقة فعندنا وعند الشافعي يضرب بعثكال[1] فيه مائة شمراخ فيضرب به دفعة، وقد سمعت في كتاب الأيمان أنه لا بد من وصول كل شمراخ إلى بدنه، وكذا قيل لا بد أن تكون حينئذ مبسوطة، ولخوف التلف لا يقام الحدّ في البرد الشديد والحرّ الشديد، بل يؤخر إلى اعتدال الزمان، وهذا في البرد عند من يرى تجريد المحدود ظاهر لأنه قد يمرض، أما الحر فلا. نعم لو كان ضرب الحد مبرحاً صح ذلك لكنه شديد غير مبرح ولا جارح فلا يقتضي الحال تأخير حدّه للبرد والحر، بخلاف القطع على ما ذكر المصنف فإنه جرح عظيم يخاف منه السراية بسبب شدّة الفصلين قوله: (وإذا زنت الحامل لم تحدّ حتى تضع حملها) ولو جلدا (كيلا يؤدي إلى هلاك الولد لأنه نفس محترمة) لأنه مسلم لا جريمة منه، فلو ولدت أو كانت نفساء فحتى تتعالى من نفاسها في الجلد، ولو أطالت في التأخير وتقول لم أضع بعد أو شهد على امرأة بالزنا فقالت أنا حبلى ترى للنساء ولا يقبل قولها، فإن قلن هي حامل أجلها حولين فإن لم تلد رجمها (ثم الحبلى تحبس إن ثبت زناها بالبينة إلى أن تلد) وإن ثبت بالإقرار لا تحبس لعدم الفائدة لأن لها الرجوع متى شاءت.
وعن أبي حنيفة إذا ولدت لا تحدّ حتى تفطم الولد إذا لم يكن له من يربيه. وتقدم في حديث الغامدية «أنه ردّها حتى يستغني فرجعت ثم جاءت به وفي يده كسرة وقالت ها قد فطمته» وفي حديث آخر قال «اذهبي حتى تضعي ما في بطنك، قال: فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت ثم أتى النبي ﷺ وسلم فقال: قد وضعت الغامدية، فقال: إذا لا نرجمها وندع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه، فقام رجل من الأنصار فقال: إليّ رضاعه، قال: فرجمها» وهذا يقتضي أنه رجمها حين وضعت، بخلاف الأول. والطريقان في مسلم وهذا أصح طريقاً لأن في الأول بشير بن المهاجر وفيه مقال. وقيل يحتمل أن تكون امرأتين ووقع الحديث الأول نسبتها إلى الأزد. وفي حديث عمران ابن حصين: «جاءت امرأة من جهينة إلى رسول الله ﷺ، وفيه رجمها بعد أن وضعت»[2].

ونفي ثم قال: كفى بالنفي فتنة، وكل ذلك محمول على السياسة والتعزير. وقوله: (وإذا زنى المريض الخ) ظاهر. وقوله: (قال للغامدية) روى «أن الغامدية لما أقرّت بالزنا بين يدي رسول الله ﷺ وكانت حاملاً قال لها عليه الصلاة والسلام: ارجعي حتى تضعي ما في بطنك، فلما وضعت جاءت ثانياً وأقرّت، فقال: لها ارجعي حتى يستغني ولدك، فقالت: أخاف أن أموت قبل أن أحدّ، فقال رجل: أنا أقوم بتربية ولدها يا رسول الله، فأمر ﷺ برجمها» فدل أن الحكم هو التأخير عن هذا الزمان إذا لم يكن لولدها مرب.

---

(١) العثكال: عنقود النخل، والشمراخ شعبة منه.
(٢) حديث الغامدية تقدم مستوفياً في ٤/ ٢٢١ و ٤/ ٢٢٠ وجاء في رواية مسلم: من غامد من الأزد اهـ فقال النووي: غامد بطن من جهينة اهـ.

باب الوطء الذي يوجب الحدّ والذي لا يوجبه

قال: (الوطء الموجب للحد هو الزنا) وأنه في عرف الشرع واللسان: وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك، وشبهة الملك لأنه فعل محظور، والحرمة على الإطلاق عند التعري عن الملك وشبهته، يؤيد ذلك قوله عليه

باب الوطء الذي يوجب الحدّ والذي لا يوجبه

لما كان الكتاب إنما هو معقود لبيان الحدود كان الحدّ هو المقصود الأصلي، فلزم الابتداء بتعريفه لغة وشرعاً ففعل المصنف ذلك، ثم أراد تقديم حدّ الزنا فقدمه وأعطى أحكامه لأنها هي المقصودة وذلك بثبوت سببه. وحاصل أحكامه كيفية ثبوته وشروطها وكيفية إقامته وشروطها فكان تصوّر حقيقة السبب الذي هو الزنا بالنسبة إلى مقصود الكتاب ثانياً، وإن كان بالنسبة إلى التحقق في الوجود أوّلاً فأخر المصنف تعريفه إلى أن فرغ من المقاصد الأصلية، وذكر أن الزنا في عرف اللغة والشرع: يعني لم يزد عليه في الشرع قيد وعرفه على هذا التقدير بأنه (وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك) وهذا لأن في اللغة معنى الملك أمر ثابت قبل مجيء هذا الشرع وإن كان هو نفسه

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

لما فرغ من بيان إقامة الحدّ شرع في بيان ما يوجب الحد وما لا يوجبه، وقد ذكرنا تعريف الزنى في أول كتاب الحدود، وذكره المصنف ههنا. واعترض بأنه غير منعكس لأن الزنا يصدق في فعل المرأة هذا الفعل ولهذا لا يحدّ قاذفها بالزنا حد القذف، وهذا التعريف وهو قوله وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك ليس بصادق عليه. وأجيب بأن هذا التعريف إنما هو بالنسبة للأصل والمرأة تدخل فيه تبعاً لما سيجيء بعد هذا أن كل موضع يجب فيه الحدّ على الرجل يجب على المرأة،

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال المصنف: (وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك إلخ) أقول: قوله في غير الملك لعله حال من المرأة أو القبل، ثم أقول: الأولى أن يقول المشتهاة احترازاً عن وطء صبية لا يجامع مثلها، فإن وطأها لا يوجب الحد كما ستجيء الإشارة إليه، ثم الأولى أن يقول عن طوع احترازاً عن وطء المكره حيث لا يوجب الحد وسيجيء، وقد سبق من الشارح ما يتوهم كونه جواباً عن هذا في باب اليمين في الدخول والسكنى إلا أن فيه أيضاً كلاماً مع أن المصنف أسند إلى المكره الزنا فيما سيجيء. قال في البدائع: الزنا في عرف الشرع اسم للوطء الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاختيار في دار العدل ممن التزم أحكام الإسلام العاري عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح جميعاً اهـ. وفيه أيضاً قوله وعن حق الملك احتراز عن وطء رجل من الغانمين جارية من المغنم قبل القسمة بعد الإحراز بدار الإسلام أو قبله فإنه لا حد عليه وإن علم أن وطأها عليه حرام لثبوت الحق له بالاستيلاء لانعقاد سبب الثبوت، فإن لم يثبت فلا أقل من ثبوت الحق فيورث شبهة، ولو جاءت هذه الجارية بولد فادعاه لا يثبت نسبه منه لأن ثبوت النسب يعتمد الملك في المحل إما من كل وجه أو من وجه ولم يوجد قبل القسمة بل الموجود حق عام وأنه يكفي لسقوط الحد ولا يكفي لثبوت النسب اهـ. وقوله ممن التزم أحكام الإسلام احتراز عن الحربي وسيجيء. وقوله وشبهته في قوله وعن حقيقة النكاح وشبهته احتراز عن أمثال وطء المحارم بنكاح وسيجيء. وقوله وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح جميعاً احتراز عن وطء المرقوقة إلى غير زوجها ووطء الأعمى من أجابته يظن أنها امرأته وسيجيء قوله: (لأن الزنا يصدق في فعل المرأة) أقول: أي يتحقق، فإن الصدق المعدي بفي يكون بمعنى التحقق كما تبين في كتب الميزان قوله: (هذا الفعل ولهذا لا يحد قاذفها بالزنا إلخ) أقول: لعل المشار إليه بقوله هذا في قوله هذا الفعل هو الوطأة للرجل المفهوم من التعريف المذكور. قال في النهاية: ألا ترى أنه يجب عليها حد الزنا، ولو قذفها قاذف بالزنا يجب عليه حد القذف إذا كانت عفيفة عن فعل الزنا اهـ. وغير الشارح إلى قوله ولهذا لا يحد إلخ، إذ المطلوب هو صدق الزنا على فعله وحد قاذفها بالزنا لا يدل عليه صريحاً لاحتمال أن يقال الحد لقذفها بما لا يصدر منها ولا يتصور صدورها، بخلاف ما ذكره الشارح فليتأمل، ثم لا وجه لترك التعليل بوجوب حد الزنا عليها بل هو النافع في هذا المقام، فإن بصدد بيان ما يوجب الحد وزناها منه فلا بد من بيان ماهيته قوله: (والمرأة تدخل فيه تبعاً) أقول: قوله والمرأة أي وزنا المرأة، وقوله تدخل فيه تبعاً: أي ينفهم تعريفه التزاماً قوله: (لما سيجيء بعد هذا إلخ) أقول: لعله تعليل لأصالة الرجل المنفهم من التقرير.

. . . .

أمراً شرعياً، لكن ثبوته بالشرع الأول بالضرورة، والناس لم يتركوا سدى في وقت من الأوقات فيكون معنى الملك أمراً مشروعاً من بعث آدم عليه السلام، أو من قبل بعثه بوحي يخصه: أي يخص الملك فكان ثبوته شرعاً مع اللغة مطلقاً في الوجود الدنيوي سواء كانت اللغة عربية أم غيرها مخصوصة بالدنيا وإن كان الوضع قبلها فثبوت المسمى في الدنيا والوضع لمعنى معقول قبل تحققه، ولا شك في أنه تعريف للزنا في اللغة والشرع، فإن الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد منه بل هو أعم، والموجب للحدّ منه بعض أنواعه، ولذا قال ﷺ «العينان تزنيان وزناهما النظر»[1] ولو وطىء رجل جارية ابنه لا يحدّ للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا، فدل على أن فعله زنا وإن كان لا يحدّ به، فلولا قول المصنف الموجب للحد هو الزنا وهو في عرف الشرع الخ لصح تعريفه ولم يرد عليه شيء، لكنه لما قال ذلك كان ظاهراً في قصده إلى تعريف الزنا الموجب للحد، وحينئذ يرد على طرده وطء الصبية التي لا تشتهى ووطء المجنون والمكره، بخلاف الصبي، فإن الجنس وطء الرجل، فالأولى في تعريفه أنه وطء مكلف طائع مشتهاة حالاً أو ماضياً في القبل بلا شبهة ملك في دار الإسلام، فخرج زنا الصبي والمجنون والمكره وبالصبية التي تشتهى والميتة والبهيمة ودخل وطء العجوز، ولكن يرد على عكسه زنا المرأة فإنه زنا ولا يصدق عليه جنس التعريف. وما أجيب به من أن زناها يدخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعاً، إن كان معناه أن لها زنا حقيقة وأن ذلك التمكين هو مسمى زنا لغة وتسمى هي زانية حقيقة لغوية بالتمكين، فلا شك في أنه لا يشمله الجنس الذي هو وطء المكلف لأنه ليس هو عين تمكين المرأة ففساد الحد بحاله، وكون فعلها تبعاً لفعله إنما هو في الوجود الخارجي، والكلام في تناول اللفظ وأن أريد أنها لا تسمى زانية حقيقة أصلاً وأن تسميتها في قوله تعالى ﴿الزانية والزاني﴾ [النور ٢] بطريق المجاز فلا حاجة إلى أنه تبع بل لا يجوز إدخاله في التعريف. وعلى هذا كلام السرخسي والمصنف وغيرهما في مسئلة ما إذا مكنت البالغة العاقلة المسلمة مجنوناً أو صبياً على قول أبي حنيفة لا يحد واحد منهما على ما سيأتي، وبما ذكرنا يظهر فساد ما أجاب به بعضهم بأن فعل الوطء أمر مشترك بينهما، فإذا وجد فعل الوطء بينهما يتصف كل منهما به وتسمى هي واطئة ولذا سماها سبحانه زانية. وأعجب من هذا الجواب أنه قال في الإيراد المذكور على التعريف مغالطة، والقطع بأن وطأه ليس يصدق على تمكينها بهو هو، فإذا جعل الجنس وطء الرجل فكيف ينتظم اللفظ تمكين المرأة وكون الفعل الجزئي الخارجي إذا وجد من الرجل في الخارج يستدعي فعلاً آخر منها إذا كانت طائعة لا يقتضي أن اللفظ الخاص بفعله يشمله والله الموفق. فالحق أنها إن كانت زانية حقيقة وأريد شمول التعريف لزناها فلا بد من زيادة قوله أو تمكينها، بل يجب أن يقال ذلك بالنسبة إلى كل منهما فيقال إدخال المكلف الطائع قدر حشفته قبل مشتهاة حالاً أو ماضياً بلا ملك وشبهة أو تمكينه من ذلك أو تمكينها ليصدق على ما لو كان مستلقياً فقعدت على ذكره فتركها حتى أدخلته فإنهما يحدّان في هذه الصورة وليس الموجودة منه سوى التمكين. وقوله لأنه فعل الخ تعليل لأخذ عدم الملك وشبهته في الزنا: أي إنما شرط ذلك لأن الزنا محظور فلا بد في تحققه من ذلك. وقوله يؤيده الحديث: أي يؤيد الأمرين معاً، وذلك أنه لما أفاد عدم الحرمة المطلقة بسبب درء الحد بالشبهة أفاد عدمها ودرء الحد عند حقيقة الملك كما في الجارية المشتركة بطريق أولى

. . . .

(١) صحيح. أخرجه ٦٦١٢ وبإثر حديث ٦٢٤٣ ومسلم ٢٦٥٧ وأبو داود ٢١٥٢ وأحمد ٢/ ٢٧٦ والبيهقي ٧/ ٨٩ و ١٠/ ١٨٥. ١٨٦ وابن حبان ٤٤٢٠ كلهم عن ابن عباس عن أبي هريرة مرفوعاً: «إن الله كتب على ابن آدم حظه من الزنا أدرك ذلك لا محالة، فزنى العينين النظر وزنا اللسان النطق، والنفس تَمنّى ذلك، وتشتهي، ويُصدّق ذلك الفرج، أو يكذّبه».

وأخرجه مسلم ٢٦٥٧ حـ ٢١ وأبو داود ٢١٥٣ وأحمد ٢/ ٣٧٢. ٣٤٤. ٤٣١. ٥٢٨. ٥٣٥. ٥٣٦ والطحاوي في المشكل ٣/ ٢٩٨ وابن حبان ٤٤٢٣ والبيهقي ٧/ ٨٩ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة: «كتب على ابن آدم نصيبه من الزنا مدرك ذلك لا محالة. فالعينان زناهما النظر...» الحديث بنحو المتقدم.

الصلاة والسلام «ادرؤا الحدود بالشبهات» ثم الشبهة نوعان: شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه، وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية. فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه، لأن معناه أن يظن غير الدليل دليلاً ولا بد من الظن

فهو بدلالته، ثم الحديث المذكور قيل لم يحفظ مرفوعاً، وذكر أنه في الخلافيات للبيهقي عن عليّ رضي الله عنه، وهو في مسند أبي حنيفة عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ «ادرءوا الحدود بالشبهات» وأسند ابن أبي شيبة عن إبراهيم هو النخعي قال: قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إليّ من أن أقيمها بالشبهات. وأخرج عن معاذ وعبدالله بن مسعود وعقبة بن عامر رضي الله عنهم قالوا: إذا اشتبه عليك الحد فادرأه. ونقل ابن حزم عن أصحابهم الظاهرية أن الحد بعد ثبوته لا يحل أن يدرأ بشبهة، وشنع بأن الآثار المذكورة لإثبات الدرء بالشبهات ليس فيها عن رسول الله ﷺ شيء بل عن بعض الصحابة من طرق لا خير فيها، وأعلّ ما عن ابن مسعود مما رواه عبد الرزاق عنه بالإرسال وهو غير رواية ابن أبي شيبة فإنها معلولة بإسحاق بن أبي فروة. وأما التمسك بما في البخاري من قوله عليه الصلاة والسلام «ومن اجترأ على ما يشك فيه من الإثم أو شك أن يواقع ما استبان، والمعاصي حمى الله تعالى، من يرتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه» فإن معناه: أن من جهل حرمة شيء وحله فالورع أن يمسك عنه، ومن جهل وجوب أمر وعدمه فلا يوجبه، ومن جهل أوجب الحد أم لا وجب أن يقيمه، ونحن نقول: إن الإرسال لا يقدح، وأن الموقوف في هذا له حكم المرفوع لإن إسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل، بل مقتضاه أن بعد تحقق الثبوت لا يرتفع بشبهة، فحيث ذكره صحابي حمل على الرفع. وأيضاً في إجماع فقهاء الأمصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات كفاية، ولذا قال بعض الفقهاء: هذا الحديث متفق عليه، وأيضاً تلقته الأمة بالقبول. وفي تتبع المروى عن النبي ﷺ والصحابة ما يقطع في المسئلة. فقد علمنا أنه عليه الصلاة والسلام قال لماعز «لعلك قبلت، لعلك لمست، لعلك غمزت»[1] كل ذلك يلقنه أن يقول نعم بعد إقراره بالزنا، وليس لذلك فائدة إلا كونه إذا قالها ترك وإلا فلا فائدة. ولم يقل لمن اعترف عنده بدين لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه، وكذا قال للسارق الذي جيء به إليه «أسرقت ما إخاله سرق»[2] وللغامدية نحو ذلك، وكذا قال عليّ رضي الله عنه لشراحة على

وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المرأة. فإن قلت: قوله لأنه فعل محظور تعليل واقع في غير محله لأنه في التصورات. قلت: التعليل ليس لإثبات التعريف وإنما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة في تحقيق الزنا. وتقرير كلامه أن ما اعتبروا أن يكون في غير شبهة الملك لأنه فعل محظور يوجب الحدّ فيعتبر فيه الكمال، لأن الناقص ثابت من وجه دون وجه فلا يوجب عقوبة كاملة والكمال في الحظر عند التعري عن الملك وشبهته **(يؤيد ذلك قوله ﷺ «ادرءوا الحدود بالشبهات» ثم الشبهة)** وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت على ما قالوا: **(نوعان: شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه)** أي هي شبهة في حق من اشتبه عليه وليست بشبهة في حق من لم يشتبه عليه، حتى لو قال علمت أنها تحرم عليّ حدّ **(وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية)** وتسمى شبهة

قوله: **(وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المرأة)** أقول: سيجيء عن المصنف أن الزنا فعل الرجل حقيقة وتسمية المرأة زانية مجاز ثم يجيء أن الحربي إذا زنى بذمية والمكره بمطاوعة تحد الذمية والمطاوعة دون الحربي والمكره عند أبي حنيفة، وهذا الذي ذكره الشارح مخالف لما سيجيء. وجوابه أنه موجب فيهما أيضاً، وإنما السقوط لمانع كسقوط القصاص من الأب فلا مخالفة قوله: **(وإنما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة في تحقيق الزنا)** أقول: الأولى أن يقول لبيان اعتبارهم انتفاء الملك وشبهته حتى يطابق كلام المصنف، إلا أن يقال: المقصود بالبيان انتفاء الشبهة وانتفاء الملك أمر ظاهر لا يحتاج إلى البيان، وإيراد المصنف في التعريف ليكون كالتمهيد لذكر الشبهة فليتأمل قوله: **(وتقرير كلامه إلخ)** أقول: فيكون تعليلاً للحكم الضمني الذي يفهم من التعريف قوله: **(لأنه فعل محظور يوجب الحد فيعتبر فيه)** أقول: أي يعتبر في الحظر.

(١) هذا بعض حديث ماعز رواه البخاري وغيره وقد تقدم.

(٢) تقدم تخريجه في ٤/ ٢٢٣

ليتحقق الاشتباه. والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده. والحدّ يسقط بالنوعين لإطلاق الحديث. والنسب يثبت في الثانية إذا ادعى الولد، ولا يثبت في الأولى وإن ادعاه لأن الفعل تمحض زنا في الأولى؛ وإن سقط الحد لأمر راجع إليه وهو اشتباه الأمر عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية

ما أسلفناه لعله وقع عليك وأنت نائمة، لعله استكرهك، لعل مولاك زوجك منه وأنت تكتمينه، وتتبع مثله عن كل واحد يوجب طولاً. فالحاصل من هذا كله كون الحدّ يحتال في درئه بلا شك، ومعلوم أن هذه الاستفسارات المفيدة لقصد الاحتيال للدرء كلها كانت بعد الثبوت لأنه كان بعد صريح الإقرار وبه الثبوت، وهذا هو الحاصل من هذه الآثار ومن قوله «ادرءوا الحدود بالشبهات»[1] فكان هذا المعنى مقطوعاً بثبوته من جهة الشرع فكان الشك فيه شكاً في ضروري فلا يلتفت إلى قائله ولا يعوّل عليه. وإنما يقع الاختلاف أحياناً في بعض أهي شبهة صالحة للدرء أو لا بين الفقهاء. إذا عرف هذا فنقول: الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت، وللفقهاء في تقسيمها وتسميتها اصطلاحات؛ فالشافعية قالوا: الشبهة ثلاثة أقسام: في المحل، والفاعل، والجهة. أما الشبهة في المحل فوطء زوجته الحائض والصائمة والمحرمة وأمته قبل الاستبراء وجارية ولده ولا حدّ فيه، ولو وطيء أمته المحرمة عليه برضاع أو نسب أو صهرية كأخته أو بنته منهما أو أمة من الرضاع أو موطوءة أبيه أو ابنه يجب الحد على الأظهر. وأما الشبهة في الفاعل فمثل أن يجد امرأة على فراشه فيطأها ظاناً أنها امرأته فلا حد، وإذا ادعى أنه ظن ذلك صدق بيمينه. وأما الشبهة في الجهة قال الأصحاب كل جهة صححها بعض العلماء وأباح الوطء بها لا حدّ فيها وإن كان الواطيء يعتقد التحريم كالوطء في النكاح بلا ولي وبلا شهود. وأصحابنا قسموا الشبهة قسمين: شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه، وشبهة مشابهة: أي شبهة في حق من اشتبه عليه دون الثابت لم يشتبه عليه. وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك: أي من شبهة حكم الشرع بحل المحل قوله: **(فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه الخ)** أي من اشتبه عليه الحل والحرمة، ولا دليل في السمع يفيد الحل، بل ظن غير الدليل دليلاً كما يظن أن جارية زوجته تحل له لظنه أنه استخدام واستخدامها حلال له فلا بد من الظن، وإلا فلا شبهة أصلاً لفرض أن لا دليل أصلاً لتثبت الشبهة في نفس الأمر، فلو لم يكن ظنه الحل ثابتاً لم تكن شبهة أصلاً **(والثانية)** وهي الشبهة الحكمية **(تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته)**

ملك أيضاً فإنها لا توجب الحد، وإن قال علمت أنها حرام عليّ **(فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لأن معناه أن يظن غير الدليل دليلاً)** كما إذا ظن أن جارية امرأته تحل له بناء على أن الوطء نوع استخدام واستخدام الجارية يحل فكذا الوطء فيكون تحققها بالنسبة إلى الظان **(والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته)** لكن لا يكون عاملاً لمانع اتصل بها **(و)** هذه **(لا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين)** جميعاً **(لإطلاق الحديث)** لكن في الأولى عند الظن وفي الثانية على كل تقدير **(والنسب يثبت في الثاني)** أي في الوطء الثاني. وقيل أي في المذكور الثاني، والأولى أن يقال في النوع الثاني **(إذا ادعى**

قال المصنف: **(والنسب يثبت في الثاني إذا ادعى الولد ولا يثبت في الأول)** أقول: في الكافي: إذا وطيء الجد أمة ولد ولده لا يحد لشبهة الملك، فإن حبلت فولدت لا يثبت نسبه عند قيام الأب. ونقل صاحب النهاية عن خزانة الفقيه أبي الليث: إذا زنى بجارية نافلته والأب في الأحياء وقال ظننت أنها على حرام لا يحد وثبت النسب اهـ. وفي معراج الدراية: ذكر البزدوي: وطيء جارية حافده والأب في الأحياء لا يجب الحد باعتبار الولاد، والشبهة نشأت من الأبوة وهي قائمة ولهذا يعتق عليه، لكن ليس له ولاية التملك حال قيام الأب الأقرب فلا يمكن تحقيق الفراش مع مساس الحاجة فبقي وطؤها في غير الملك لكن فيه شبهة الملك فتكفي لدرء الحد ولا تكفي لإثبات النسب اهـ. قال الإتقاني: الجد إذا وطيء جارية ولد ولده لا يثبت النسب، ولا يجب الحد إذا كان الأب في الأحياء، كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اهـ قوله: **(وقيل هذا ليس بمجرى على عمومه)** أقول: وهذا القول غير مقبول عند الشارح كما سيجيء في الورق الآتي قوله: **(لأن هذا وطء في شبهة العقد)** أقول: فيه بحث.

---

(١) تقدم مراراً، وأنه صح موقوفاً.

مواضع: جارية أبيه وأمه وزوجته، والمطلقة ثلاثاً وهي في العدّة، وبائناً بالطلاق على مال وهي في العدة، وأم ولد أعتقها مولاها وهي في العدة، وجارية المولى في حق العبد، والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب

كقوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك»[1] سواء ظن الحل أو علم الحرمة لأن الشبهة بثبوت الدليل قائمة في نفس الأمر علمها أحد أو لم يعلمها قوله: (والحدّ يسقط بكل منهما لإطلاق الحديث) يعني قوله عليه الصلاة والسلام «ادرءوا الحدود بالشبهات»[2] وقوله: (والنسب يثبت في الثاني) أي في شبهة المحل (إذا ادعى الولد ولا يثبت في الأول وإن ادعاه لأن الفعل تمحض زنا) لفرض أن لا شبهة ملك إلا أن الحد سقط لظنه فضلاً من الله وهو أمر راجع إليه: أي إلى الواطيء لا إلى المحل، فكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت نسب بهذا الوطء، وكذا لا تثبت به عدة لأنه لا عدة من الزاني. قيل هذا غير مجرى على عمومه فإن المطلقة الثلاث يثبت النسب منها لأنه وطء في شبهة العقد فيكفي ذلك لإثبات النسب. وفي الإيضاح: المطلقة بعوض والمختلعة ينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثاً. قال شارح: بل هو على ظاهره. وثبوت نسب المبتوتة عن ثلاث أو خلع ليس باعتبار وطء في العدة بل باعتبار علوق سابق على الطلاق، ولذا ذكروا أنّ نسب ولدها يثبت إلى أقل من سنتين ولا يثبت لتمام سنتين: يعني لأنه إذا كان لأقل من سنتين أمكن اعتبار العلوق قبل الطلاق، بخلاف ما إذا كان لتمامهما، وأنت علمت في باب ثبوت النسب أنها إذا جاءت به لتمام سنتين إنما لا يثبت نسبه إذا لم يدعه، أما إذا ادعاه فإنه قد نص على أنه يثبت ويحمل على وطء في العدة بشبهة، والكلام ههنا مطلق في عدم ثبوت النسب معلا بأنه زنى محض، فلا بد من الجمع بحمل أحد النصين على ما هو الأولى في النظر، وذلك بما ذكرنا من شبهة العقد، بخلاف باقي محال شبهة الاشتباه كجاربة أبيه وأمه ونحوهما فإنه لا شبهة عقد فيهما فلا يثبت النسب بالدعوة فشبهة الفعل في ثمانية مواضع: أن يطأ جارية أبيه أو أمه وكذا جده وجدته وإن علياً أو زوجته، أو المطلقة ثلاثاً في العدة، أو بائناً على مال، وكذا المختلعة بخلاف البينونة بلا مال فهي من الحكمية، أو أم ولده التي أعتقها وهي في عدته والعبد يطأ جارية مولاه، والمرتهن يطأ المرهونة في رواية كتاب الحدود وهو الأصح، والمستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن (ففي هذه المواضع لا حدّ إذا قال ظننت أنها تحل لي، ولو قال علمت أنها حرام عليّ وجب الحد) ولو ادعى أحدهما الظن والآخر لم يدع لأحد عليهما حتى يقرا جميعاً بعلمهما الحرمة لأن الشبهة إذا ثبتت في الفعل من أحد الجانبين تعدت إلى الآخر ضرورة. والشبهة في المحل في ستة مواضع: جارية ابنه، والمطلقة طلاقاً بائناً بالكنايات، والجارية المبيعة إذا وطئها البائع قبل تسليمها إلى المشتري، والمجعولة مهراً إذا وطئها

الولد ولا يثبت في الأول وإن ادعاه لأن الفعل تمحض) أي خلص (زنا في) الشبهة (الأولى وإن سقط الحدّ لأمر راجع إليه) أي إلى الواطيء. وقيل هذا ليس بمجرى على عمومه. فإن المطلقة الثلاث يثبت فيها النسب لأن هذا وطء في شبهة العقد فيكفي لإثبات النسب. وفي الإيضاح: المختلعة والمطلقة بعوض ينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثاً، وعدّ شبهة الفعل وهي في ثمانية مواضع كما ذكر، فإذا قال ظننت أنها تحل لي فلا حد لأن الإنسان ينتفع بمال هؤلاء حسب انتفاعه بمال نفسه فكان هذا ظناً في موضع الاشتباه فيمتنع الحد، وإن قال الرجل علمت أنها حرام عليّ وقالت الجارية ظننت أنه يحل لي لا يحد واحد منهما. أما المرأة فلدعوى الشبهة، وأما الرجل فلأن الزنا يقوم بهما، فإذا سقط الحد عن المرأة سقط عن الرجل لمكان الشركة على ما سيجيء. فإن قيل: ما وجه الاشتباه في المطلقة الثلاث حتى لا يحد إذا قال ظننت أنها تحل لي. أجيب بأن وجهه بقاء بعض الأحكام بعد الطلقات الثلاث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الأخت وثبوت النسب حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب إلى سنتين. فإن قيل: بين الناس اختلاف في أن من طلق امرأته ثلاثاً هل يقع أو لا فينبغي أن يكون ذلك شبهة في إسقاط الحد. أجيب بأنه خلاف غير معتد به حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه، وإنما قيد الطلاق البائن بالمال لأنه إذا لم يكن على مال فوطئها في العدة فلا حد عليه وإن قال

(١) تقدم في كتاب النكاح.
(٢) تقدم أنه لم يصح مرفوعاً.

الحدود، ففي هذه المواضع لا حدّ عليه إذا قال ظننت أنها تحل لي، ولو قال علمت أنها عليّ حرام وجب الحد. والشبهة في المحل في ستة مواضع: جارية ابنه، والمطلقة طلاقاً بائناً بالكنايات، والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم والممهورة في حق الزوج قبل القبض، والمشتركة بينه وبين غيره، والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن. ففي هذه المواضع لا يجب الحد وإن قال علمت أنها عليّ حرام. ثم الشبهة عند أبي حنيفة رحمه الله تثبت

الزوج قبل تسليمها إلى الزوجة لأن الملك فيهما لم يستقر للمزوجة والمشتري والمالك كان مسلطاً على وطئها بتلك اليد مع الملك وملك اليد ثابت والملك الزائل مزلزل والمشتركة بين الواطىء وغيره، والمرهونة إذا وطئها المرتهن في رواية كتاب الرهن وعلمت أنها ليست بالمختارة (ففي هذه المواضع لا يجب الحد وإن قال علمت أنها عليّ حرام) لأن المانع هو الشبهة وهي ههنا قائمة في نفس الحكم: أي الحرمة القائمة فيها شبهة أنها ليست بثابتة نظراً إلى دليل الحل على ما تقدم من قوله ﷺ «أنت ومالك لأبيك» ونحوه، ولا اعتبار بمعرفته بالحرمة وعدمها. وفي الإيضاح في المرهونة إذا قال ظننت أنها تحل لي ذكر في كتاب الرهن أنه لا يحد، وفي كتاب الحدود يحد، فلا يعتبر ظنه لأنه لا استيفاء من عينها بل من معناها، فلم يكن الوطء حاصلاً في محل الاستيفاء أصلاً فلا شبهة فعل وصار كالغريم إذا وطيء جارية الميت. وجه عامة الروايات أنه انعقد فيها سبب الملك في الحال ويصير مستوفياً ومالكاً بالهلاك من وقت الرهن فصار كجارية اشتراها والخيار للبائع. ووجه رواية كتاب الحدود أن عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال فهي كالمستأجرة للخدمة، ومقتضاه أن يجب الحد وإن اشتبه، إلا أن ملك العين في الجملة سبب لملك المتعة وإن لم يكن في الرهن سبباً، بخلاف الإجارة فإن الثابت بها ملك المنفعة ولا يمكن كونه سبباً لملك المتعة وبخلاف البيع بالخيار فإنه يفيد الملك حال قيام الجارية، بخلاف المرهونة لا يفيد الملك إلا مع هلاكها، فلا يتصور كون ملكها سبباً للاستمتاع بها فكان

علمت أنها عليّ حرام ما يجيء، وشبهة أم ولد أعتقها مولاها هي ما قلنا في المطلقة ثلاثاً وهي في العدة من قيام أثر الفراش فكان الظن في موضع الاشتباه، وشبهة العبد في جارية المولى انبساط يد العبد في مال مولاه والجارية من ماله فجاز أن يظن حل الانبساط فيها بالوطء (والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود) يعني إذا قال المرتهن ظننت أنها تحل لي لا يحدّ، وعلى رواية كتاب الرهن لا يجب الحد سواء ادعى الظن أو لم يدع كما في الجارية المشتركة لأنه وطيء جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه عليه أو لم يشتبه قياساً على مالو وطيء جارية اشتراها على أن البائع بالخيار، وإنما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لأنه بالهلاك يصير مستوفياً حقه من وقت الرهن، وإذا كان كذلك فقد انعقد له فيها سبب الملك في الحال ويحصل حقيقة الملك عند الهلاك. ووجه ما ذكره في كتاب الحدود هو أن عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المتعة بحال فقيامه لا يورث شبهة حكمية قياساً على الإجازة فإنها لا تفيد ملك المتعة بحال، فما أورث قيامها في المحل شبهة حكمية وعلى هذا كان يجب عليه الحد اشتبه أو لم يشتبه كما في الجارية المستأجرة للخدمة، إلا أنه لا يجب إذا اشتبه عليه لأنه موضع اشتباه لأن ملك المال في الجملة سبب لملك المتعة وإن لم يكن سبباً في الرهن وقد انعقد له سبب ملك في في حق المال فيشتبه أنه هل يثبت له بهذا القدر ملك المتعة أو لا، بخلاف الإجازة فإن الثابت بها ملك المنفعة ولا يتصور أن يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه ما لا يشتبه، وبخلاف البيع بشرط الخيار لأنه إنما يفيد الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب الملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة، وههنا إنما يملك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد ملك المتعة في حال من الأحوال فكان بمنزلة ملك المنفعة. ثم عدّ الشبهة في المحل وهي في ستة مواضع على ما ذكرها (جارية ابنه) لقيام المقتضى للملك وهو قوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك» (والمطلقة طلاقاً بائناً بالكنايات) لاختلاف الصحابة في

قوله: (فما أورث قيامها في المحل شبهة حكمية) أقول: لفظة ما في قولها فما أورث نافية قوله: (وإن لم يكن سبباً في الرهن) أقول: لأنه إنما يملك مالية المرهون بعد الهلاك وذا لا يقبل ملك المتعة كما سنذكره قوله: (والممهورة في حق الزوج) أقول: أي التي جعلت مهراً قوله: (قبل القبض) أقول: أي قبل قبض الزوجة.

بالعقد وإن كان متفقاً على تحريمه وهو عالم به، وعند الباقين لا تثبت إذا علم بتحريمه، ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك إن شاء الله تعالى، إذا عرفنا هذا (ومن طلق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها عليّ حرام حد) لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية. وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الإجماع، ولا يعتبر قول المخالف فيه لأنه خلاف لا اختلاف، ولو قال ظننت أنها تحل لي لا يحدّ لأن الظن في موضعه لأن أثر الملك قائم

كملك المنفعة. هذا وقد دخل في سبب الملك صور: مثل وطء جارية عبده المأذون والمديون ومكاتبه ووطء البائع الجارية المبيعة بعد القبض في البيع الفاسد والتي فيها الخيار للمشتري، وينبغي أن يزاد جاريته التي هي أخته من الرضاع وجاريته قبل الاستبراء، والاستقراء يفيدك غير ذلك أيضاً كالزوجة التي حرمت بردتها أو بمطاوعتها لابنه أو جماعه أمها ثم جامعها وهو يعلم أنها عليه حرام فلا حدّ عليه ولا على قاذفه، لأن بعض الأئمة لم يحرّم به فاستحسن أن يدرأ بذلك الحد فالاقتصار على الستة لا فائدة فيه قوله: (ثم الشبهة عند أبي حنيفة تثبت بالعقد وإن كان العقد متفقاً على تحريمه وهو عالم به، وعند الباقين لا تثبت هذه الشبهة إذا علم بتحريمه، ويظهر ذلك في نكاح المحارم) فصارت الشبهة على قول أبي حنيفة ثلاثة: شبهة الفعل، وشبهة المحل، وشبهة العقد، وكذا قسمها في المحيط. وذكر في شبهة العقد أن يطأ التي تزوجها بغير شهود أو بغير إذن مولاها وهي أمة أو وطىء العبد من تزوجها بغير إذن مولاه. قال: ولو تزوّج أمة على حرة أو مجوسية أو خمساً في عقد أو جمع بين أختين بوطء وقال علمت أنها حرام لا حدّ عليه عند أبي حنيفة، وعندهما يجب الحد. قوله: (وقد نطق الكتاب بانتفاء المحل) إذ قال تعالى ﴿فإن طلقها﴾ يعني الثالثة ﴿فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة ٢٣٠] (وعلى ذلك الإجماع فلا يعتبر قول المخالف فيه) أي في المحل وهم الإمامية والزيدية القائلون بأن الطلاق الثلاث بكلمة لا يقع به إلا واحدة فتكون حلالاً لزوجها (لأنه خلاف) بعد تقرر الإجماع فلا يعتبر (لا اختلاف) كائن بين الأمة حال تردد الواقعة بينهم قبل تقرر الإجماع ليعتبر، وهذا لما قدمناه في أول كتاب الطلاق من إن إجماع الصحابة تقرر في زمن عمر على ذلك[1]، وأن الأحاديث الواردة في أنها تكون واحدة يجب كونها كانت مقيدة إلى آخر ما يعلم فيما أسلفناه، وصح عن عليّ رضي الله عنه وقوع الثلاث خلاف ما نقلوا عنه. ثم لا يخفى أن ترتيب المصنف بالفاء قوله فلا يعتبر إنما هو على الإجماع لا على المجموع منه ومن قوله نطق الكتاب بانتفاء الحل لأن محل انتفاء الحل في الكتاب ما إذا أوقع الثالثة بعد تقدم ثنتين، ولا خلاف لأحد فيها، إنما خلافهم في الثلاث بمرة واحدة وليس هو متناول النص قوله: (ولو قال ظننت أنها تحل لي لا يحدّ لأن الظن في موضعه، لأن أثر الملك قائم) بقيام العدة حتى يثبت النسب إذا ولدت، وله حبسها عن الخروج وعليه نفقتها، ولذا يحرم عندنا نكاح أختها وأربع سواها وتمتنع شهادة كل منهما لصاحبه، فأمكن أن تقيس حل الوطء على بعض هذه الأحكام فتجعل

كونها رجعية أو بائنة (والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم) لأن اليد التي كان بها متسلطاً على الوطء باقية بعد فصارت شبهة في المحل (والممهورة في حق الزوج قبل القبض) لقيام ملك اليد (والمشتركة) لقيام الملك في النصف (والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن) وقد ذكرنا وجهه (ففي المواضع لا يحد) بكل تقدير، وهذان النوعان من الشبهة هو ما كان راجعاً إلى الفاعل والقائل، وثم شبهة أخرى وهي التي تثبت بالعقد فإنها عند أبي حنيفة تثبت به سواء كان العقد حلالاً أو حراماً متفقاً عليه أو مختلفاً فيه، وسواء كان الواطىء عالماً بالحرمة أو جاهلاً بها (وعند) العلماء (الباقين لا تثبت إذا علم بتحريمه، ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك إن شاء الله تعالى. إذا عرفنا هذا) أي هذا الذي ذكرنا من بيان نوعي الشبهة سهل تخريج

قوله: (هو ما كان راجعاً إلى الفاعل إلخ) أقول: كأنه يشير إلى دفع اختلال الحصر بتقييد المقسم بما يكون راجعاً إلى أحدهما قال المصنف: (ثم الشبهة عند أبي حنيفة حينئذ تثبت بالعقد) أقول: أي الشبهة في المحل، وعندهما تلك شبهة اشتباه فلا خلل في الحصر في نوعين كما لا يخفى، ولو سلم أنها مغايرة لهما فالمقسم هو للشبهة التي لا اختلاف فيها.

---

(١) تقدم في الطلاق.

في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في إسقاط الحد، وأم الولد إذا أعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالإجماع وقيام بعض الآثار في العدة (**ولو قال لها أنت خلية أو برية أو أمرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها عليّ حرام لم يحد**) لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيه؛ فمن مذهب عمر أنها تطليقة رجعية، وكذا الجواب في سائر الجنايات وكذا إذا نوى ثلاثاً لقيام الاختلاف مع ذلك (**ولا حدّ**

الاشتباه عليه عذراً في سقوط الحد عنه، بخلاف ما لو وطىء امرأة أجنبية وقال ظننت أنها تحل لي أو جارية أجنبية على ما يأتي لأنه في غير موضعه قوله: (**وأم الولد إذا أعتقها مولاها**) وهي في العدة (**والمختلعة والمطلقة على مال كالمطلقة ثلاثاً لثبوت الحرمة بالإجماع**) يريد حرمة أن يطأها في العدة، بخلاف الرجعية فإنه لا إجماع في حرمته، وبخلاف ما إذا طلقها بالكناية كأن قال: (**أنت خلية أو أمرك بيدك فاختارت نفسها**) ونحوه (**ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها عليّ حرام لا يحد لاختلاف الصحابة**) في الكناية (**فمن مذهب عمر أنها**) أي الكنايات (**رجعية**) وكذا عن ابن مسعود. ففي مصنف عبد الرزاق: حدثنا الثوري عن منصور، حدثني إبراهيم عن علقمة والأسود أن ابن مسعود جاء إليه رجل فقال: كان بيني وبين امرأتي كلام فقالت: لو كان الذي بيدك من أمري بيدي لعلمت كيف أصنع، قال: فقلت لها قد جعلت أمرك بيدك فقالت أنا طالق ثلاثاً. قال ابن مسعود: أراها واحدة وأنت أحق بالرجعة، وسألنا أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه فقال: ماذا قلت؟ قال: قلت أراها واحدة وهو أحق بها، قال: وأنا أرى ذلك، وزاد من طريق آخر: ولو رأيت غير ذلك لم تصب. وأخرج ابن أبي شيبة عنهما في مصنفة أنهما قالا في البرية والخلية هي تطليقة واحدة وهو أملك برجعتها. وأخرج محمد بن الحسن في الآثار: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي أن عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما كانا يقولان في المرأة إذا خيرها زوجها فاختارته فهي امرأته، وإن اختارت نفسها فهي تطليقة وزوجها أملك بها. ومن مذهب عليّ في خلية وبرية أنها ثلاث على ما أخرجه عنه ابن أبي شيبة [1] إلى غير ذلك مما عن غيرهم فيها أنها واحدة أو ثلاث، وبهذا يعرف خطأ من بحث في المختلعة وقال: ينبغي كونها من ذوات الشبهة الحكمية لاختلاف الصحابة في الخلع، وهذا غلط لأن اختلافهم فيه إنما هو في كونه فسخاً أو طلاقاً، وعلى كل حال الحرمة ثابتة فإنه لم يقل أحد إن المختلعة على مال تقع فرقتها طلاقاً رجعياً، وكذا لو نوى ثلاثاً بالكناية فوقعن فوطئها في العدة عن الطلاق الثلاث وقال علمت أنها حرام لا يحدّ لتحقق الاختلاف، وإذا كان كذلك كان هذا من قبيل الشبهة الحكمية، وعرف أن تحققها لقيام الدليل والثابت هنا قيام الخلاف، ولم يعتبره أبو حنيفة حتى لم يخفف النجاسة به؛ فوجهه أن قول المخالف عن دليل قائم البتة وإن كان غير معمول به كما أن قوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك» غير معمول به في إثبات حقيقة ملك الأب لمال ابنه نفسه، وهذه المسئلة يلغز بها فيقال: مطلقة ثلاثاً وطئت في العدة وقال علمت حرمتها لا يحد، وهي ما وقوع الثلاث عليها بالكناية قوله: (**ولا حدّ على من وطىء جارية ولده أو ولد ولده**) وإن كان ولده حياً وإن لم تكن له ولاية تملك مال ابن ابنه حال قيام إبنه، وتقدمت هذه المسئلة في باب نكاح الرقيق ثم في الاستيلاد، وهذا لأن الشبهة حكمية لأنها عن دليل هو ما رواه ابن ماجه عن جابر

الفروع على ذلك وهو واضح مما ذكرناه. وقوله: (**وقد نطق الكتاب**) يعني قوله تعالى ﴿**فإن طلقها فلا تحل له من بعد**﴾ وقوله: (**ولا يعتبر قول المخالف فيه**) يريد به قول الزيدية والإمامية، فإن الزيدية تقول إذا طلقها ثلاثاً جملة لا يقع إلا واحدة، والإمامية تقول إنه لا يقع شيء أصلاً لكونه خلاف السنة، ويزعمون أنه قول عليّ رضي الله عنه (**لأنه خلاف لا اختلاف**) والفرق بينهما أن الاختلاف أن يكون الطريق مختلفاً والمقصد واحداً، والخلاف أن يكون كلاهما مختلفاً. وقوله: (**ولو قال ظننت أنها تحلى لي**) ظاهر. وقوله: (**في حق النسب**) يعني النسب باعتبار العلوق السابق على الطلاق لا النسب بهذا الوطء فإنه لا يثبت.

---

(١) انظر هذه الآثار في نصب الراية ٣/ ٣٣٣ ـ ٣٣٤ ـ ٣٣٥.

على من وطىء جارية ولده وولد ولده وإن قال علمت أنها عليّ حرام) لأن الشبهة حكمية لأنها نشأت عن دليل وهو قوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك» والأبوّة قائمة في حق الجد. قال: (ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية)

بسند صحيح نص عليه ابن القطان والمنذري عن جابر «أن رجلاً قال: يا رسول الله إن لي مالاً وولداً وأبي يريد أن يجتاح مالي، فقال: أنت ومالك لأبيك»[1]. وأخرج الطبراني في الأصغر والبيهقي في دلائل النبوّة عن جابر «جاء رجل إليه عليه الصلاة والسلام فقال: يا رسول الله إن أبيه يريد أن يأخذ ماليه، فقال عليه الصلاة والسلام: ادعه ليه. فلما جاء قال له عليه الصلاة والسلام: إن ابنك يزعم أنك تريد أن تأخذ ماله، فقال: سله هل هو إلا عماته أو قراباته أو ما أنفقه على نفسي وعيالي، قال: فهبط جبريل عليه السلام فقال: يا رسول الله إن الشيخ قال في نفسه شعراً لم تسمعه أذناه، فقال له عليه والسلام: قلت في نفسك شعراً لم تسمعه أذناك فهاته، فقال: لا يزال يزيدنا الله بك بصيرة ويقيناً، ثم أنشأ يقول:

غَذَوْتُكَ مولوداً ومُنْتُكَ يافعاً ... تعلُّ بما أجني عليك وتنهلُ
إذا ليلة ضافتك بالسقم لم أبت ... لسقمك إلا ساهراً أتململُ
تخاف الردى نفسي عليها وإنها ... لتعلم أن الموت حتم موكل
كأني أنا المطروق دونك بالذي ... طرقت به دوني فعيني تهمل
فلما بلغت السن والغاية التي ... إليك مراماً فيك كنت أؤمل
جعلت جزائي غلظة وفظاظة ... كأنك أنت المنعم المتفضل
فليتك إذ لم ترع حق أبوّتي ... فعلت كما الجار المجاور يفعل
فأوليتني حق الجوار ولم تكن ... عليّ بمال دون مالك تبخل

قال: فبكى ﷺ ثم أخذ بتلبيب ابنه وقال: اذهب أنت ومالك لأبيك»[2]. وروى حديث جابر الأول من طرق كثيرة. وقول المصنف بعد هذا (ويثبت النسب) يقتضي بإطلاقه أن يثبت نسب ولد الجارية من وطء والد سيدها وجده، وإن كان ولده الذي هو سيد الأمة حياً فإنه قال فيوضع المسئلة: لا حدّ على من وطىء جارية ولده وولد ولده، ثم قال: ويثبت النسب: أي من واطىء جارية ولده وولد ولده، لكنه إنما أراد من واطىء جارية ولده فقط بدليل قوله وعليه قيمة الجارية وهو فرع تملكها والجد لا يتملكها حال حياة الأب. وما وقع في نسخ النهاية مما نقله عن خزانة الفقه لأبي

وقوله: (وكذا إذا نوى ثلاثاً لقيام الاختلاف مع ذلك) أي كذلك الحكم إذا نوى من ألفاظ الكناية ثلاثاً ثم وطئها في العدة لا يحد وإن قال علمت أنها عليّ حرام لأن اختلاف الصحابة لا يرتفع بنية الثلاث فكانت الشبهة قائمة فلا يجب الحد. وقوله: (ولا حدّ على من وطىء جارية ولده وولد ولده) يعني وإن كان ولده حياً، وقد يشير إلى ذلك تعليل الكتاب وهو قوله والأبوّة قائمة في حق الجد. وقوله: (وقد ذكرناه) أي في باب نكاح الرقيق. قوله: (وكذا إذا قالت الجارية) معطوف على قوله وقال ظننت أنها تحل لي وقد قدمناه. وقوله: (في الظاهر) يتعلق بقوله وكذا أي لا حدّ على العبد في ظاهر الرواية (لأن الفعل واحد) فورود الشبهة في أحد الجانبين يكفي لإسقاط الحد عن الآخر. فإن قيل: يشكل هذا بما إذا زنى البالغ بصبية حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع أن الفعل هناك أيضاً واحد. أجيب بأن سقوط الحد في جانب الصبية لم يكن باعتبار الشبهة بل باعتبار عدم الأهلية للعقوبات وكلامنا فيما إذا تمكنت في فعل واحد من أحد الجانبين شبهة فإن ذلك يؤثر في الجانب الآخر (وإن وطىء جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لي حدّ لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا) يعني قوله لا انبساط في المال

---

(١) حديث جابر تقدم مستوفياً، وإسناده جيد، وله شواهد. من حديث ابن مسعود وعائشة وغيرهما.

(٢) منكر. أخرجه الطبراني في معجمه الصغير ٩٤٧ من طريق المنكدر بن المنكدر عن جابر بهذا السياق مع أبيات الشعر هذه.
قال الهيثمي في المجمع ٤/١٥٥: فيه من لم أعرفه، وفيه المنكدر بن محمد ضعيف، وقد وثقه أحمد، والحديث بهذا التمام منكر. وله طرق مختصرة رجال إسنادها رجال الصحيح، وقد تقدمت اهـ.

وقد ذكرناه (**وإذا وطيء جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحل لي فلا حدّ عليه ولا على قاذفه، وإن قال علمت أنها عليّ حرام حد، وكذا العبد إذا وطيء جارية مولاه**) لأن بين هؤلاء انبساطاً في الانتفاع فظنه في الاستمتاع فكان شبهة اشتباه إلا أنه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه، وكذا إذا قالت الجارية ظننت أنه يحل لي والفحل لم يدّع في الظاهر لأن الفعل

الليث: إذا زنى بجارية نافلته والأب في الأحياء وقال ظننت أنها عليّ حرام لا يحد ويثبت النسب يجب الحكم بغلطه، وأنه سقط عنه لفظة لا لأن جميع الشارحين لهذا المكان مصرحون بعدم ثبوته، ونفس أبي الليث صرح في شرح الجامع الصغير أنه لا يثبت لأنه محجوب بالأب، وصرح به في الكافي. وفي المبسوط: أن من وطيء جارية ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فإن كان الأب حياً لم تثبت دعوة الجد إذا كذبه، وكذا الولد لأن صحة الاستيلاد تبتني على ولاية نقل الجارية إلى نفسه وليس للجد ولاية ذلك في حياة الأب، ولكن إن أقرّ به ولد الولد عتق بإقراره لأنه زعم أنه ثابت النسب من الجد وأنه عمه فيعتق عليه بالقرابة، ولا شيء على الجد من قيمة الأمة لأنه لم يتملكها، وعليه العقر لأن الوطء ثبت بإقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهي النبوّة فيجب العقر، وكذلك إن كانت ولدته بعد موت الأب لأقل من ستة أشهر، لأنا علمنا أن العلوق كان في حياة الأب وأنه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها إلى نفسه، وإن كانت ولدته بعد موته بستة أشهر فهو مصدق في الدعوة، صدقه ابن الابن أو كذبه، لأن العلوق حصل بعد موت الأب، والجد عند عدم الأب كالأب في الولاية فله أن ينقلها إلى نفسه بدعوة الاستيلاد قوله: (**وإذا وطيء جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت حلها لي فلا حد عليه ولا على قاذفه**) وزفر يحدّه لقيام الوطء الخالي عن الملك وشبهته ولا عبرة بتأويله الفاسد، كما لو وطيء جارية أخيه أو عمه على ظن الحل (**وكذا العبد إذا وطيء جارية مولاه**) فقال ظننت حلها لي لا يحد، وإن قال علمت حرمتها حدّ (**لأن بين هؤلاء**) أي بين الإنسان وبين أبيه وأمه وزوجته والعبد وأمة سيده (**انبساطاً في الانتفاع فظن أن منه الاستمتاع**) بخلاف ما بين الإنسان وأخيه وعمه على ما يأتي (**فكان شبهة اشتباه إلا أنه زنا حقيقة فلا يحدّ قاذفه**) وقوله: (**وكذا الجارية**) أي إذا قالت الجارية ظننت أن عبد مولاي أو ابن مولاي أو مولاتي يحل لي أو زوج سيدتي وكذا في الأخريين (**والفحل لم يدّع**) ذلك لا يحد (**في ظاهر الرواية لأن الفعل واحد**) وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يحد الفحل لأن الشبهة إنما تمكنت في التبع وهي المرأة لأنها تابعة في الزنا فلا تكون متمكنة في الأصل، بخلاف ثبوتها في جانب العبد إذا قال ظننت حلها لأن الثبوت في الأصل يستتبع التبع. وأجيب بأن الفعل لما كان واحداً له نسبة إليهما كان ما يثبت فيه ما يتعلق بكل من طرفيه. وأورد عليه ما لو زنى البالغ بصبية يحد هو دونها. أجيب بأن سقوط الحد عن الصبية لا للشبهة في الفعل فإنه لم تثبت شبهة فوجب الحكم عليه وإنما تعذر إيجابه عليها لأنها ليست أهلاً للعقوبة، بخلاف ما نحن فيه فإن الشبهة لما تحققت في الفعل نفت الحد عن طرفيه، وإذا سقط الحد كان عليه العقر لزوجته وغيرها، ولا يثبت نسب ولدها لو جاءت به جارية الزوجة وغيرها وإن صدقته الزوجة أنه ولده قوله: (**وإن وطيء جارية أخيه أو عمه**) ونحوهما من كل قرابة غير الولاد كالخال والخالة (**وقال ظننت أنها تحل لي حدّ**) لأنه لا شبهة في الملك ولا في الفعل لعدم انبساط كل في مال الآخر، فدعوى ظنه الحل غير معتبرة، ومعنى هذا أنه علم أن الزنا حرام لكنه ظن أن وطأه هذه ليس زناً محرماً فلا يعارض ما في المحيط من قوله شرط وجوب الحد أن يعلم أن الزنا حرام، وإنما ينفيه مسئلة الحربي إذا دخل دار الإسلام فأسلم فزنى وقال ظننت أنه حلال لا يلتفت إليه ويحدّ، وإن كان فعله أوّل يوم دخل الدار لأن الزنا حرام في جميع الأديان والملل لا تختلف في هذه المسئلة، فكيف يقال إذا ادعى مسلم أصلي أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد، ولو أراد أن المعنى أن شرط الحد في نفس الأمر علمه

فيما بينهما. فإن قيل: لم لم يجعل هذا كالسرقة يعني إذا سرق مال أخيه أو أخته لا يقطع. أجيب بأن بعضهم هناك يدخل بيت بعض من غير استئذان ولا حشمة فلم يتحقق هناك الحرز والقطع دائر مع هتك الحرز، وأما هنا فالحل دائر مع الملك أو العقد ولم يوجد الملك ولا شبهته ولا العقد فيجب الحد. قال: (ومن زفت إليه غير امرأته) هذا من باب الشبهة في المحل لأن الفعل صدر

واحد **(وإن وطيء جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لي حد)** لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا. **(ومن زفت إليه غير امرأته وقالت النساء إنها زوجتك فوطئها لا حدّ عليه وعليه المهر)** قضى بذلك عليّ رضي الله عنه وبالعدة، ولأنه اعتمد دليلاً وهو الإخبار في موضع الاشتباه، إذ الإنسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في أوّل الوهلة فصار كالمغرور، ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأن الملك منعدم حقيقة **(ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد)** لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستنداً إلى دليل، وهذا لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها، وكذا إذا كان أعمى لأنه يمكنه التمييز بالسؤال

بالحرمة في نفس الأمر، فإذا لم يكن عالماً لا حد عليه كان قليل الجدوى أو غير صحيح لأن الشرع لما أوجب على الإمام أن يحدّ هذا الرجل الذي ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب في نفس الأمر لأنه لا معنى لكونه واجباً في نفس الأمر إلا وجوبه على الإمام، لأنه لا يجب على الزاني أن يحدّ نفسه ولا أن يقرّ بالزنا، بل الواجب عليه في نفس الأمر بينه وبين الله تعالى التوبة والإنابة، ثم إذا اتصل بالإمام ثبوته وجب الحد على الإمام. هذا، وأورد أنه لو سرق من بيت أخيه وعمه ونحوهم لا يقطع، فظهر أن بينهما انبساطاً. أجيب بأن القطع منوط بالأخذ من الحرز ودخوله في بيت هؤلاء بلا حشمة واستئذان عادة ينفي معنى الحرز فانتفى القطع. أما الحد فمنوط بعدم الحل وشبهته وهو ثابت هنا قوله: **(ومن زفت)** أي بعثت **(إليه غير امرأته وقال النساء هي زوجتك فوطئها لا حدّ عليه وعليه المهر)** وهذه إجماعية لا يعلم فيها خلاف، ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة من المشايخ. ودفع بأنه يثبت النسب من هذا الوطء ولا يثبت من الوطء عن شبهة الاشتباه نسب. فالأوجه أنها شبه دليل، فإن قول النساء هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطء، فإن قول الواحد مقبول في المعاملات، ولذا حل وطء الأمة إذا جاءت إلى رجل وقالت مولاي أرسلني إليك هدية، فإذا كان دليلاً غير صحيح في الواقع أوجب الشبهة التي يثبت معها النسب وعلى المزفوفة العدة قوله: **(ولا يحدّ قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف)** فإن إحصانه لا يسقط عنده بهذا الوطء لأنه وطئها على أنه نكاح صحيح معتمداً دليلاً ولذا يثبت النسب والمهر بإجماع الصحابة فيكون وطأ حلالاً ظاهراً. وأجيب بأنه لما تبين خلاف الظاهر بقي الظاهر معتبراً في إيراث الشبهة وبالشبهة سقط الحد، لكن سقط إحصانه لوقوع الفعل زنا، وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل لأن في شبهة المحل لا يكون الفعل زنا. والحاصل أنه لو اعتبر شبهة اشتباه أشكل عليه ثبوت النسب وأطلقوا أن فيها لا يثبت النسب، وإن اعتبر شبهة محل اقتضى أنه لو قال علمتها حراماً عليّ لعلمي بكذب النساء لا يحد ويحد قاذفه. والحق أنه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه، وكون الإخبار يطلق الجماع شرعاً ليس هو الدليل

منه بناء على دليل أطلق الشرع له العمل به وهو الإخبار بأنها امرأته فجعل الملك كالثابت لدفع ضرر الغرور كمن اشترى جارية فوطئها ثم استحقت اعتبر الملك كالثابت لدفع الغرور كذلك ههنا، ولهذا إذا جاءت بولد يثبت النسب، ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت وكلامه واضح. قوله: **(ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف)** يعني أنه يقول فيها إن إحصانه لم يسقط بهذا الفعل لأنه بنى الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطء حلالاً في الظاهر فلا يسقط به إحصانه. ووجه الظاهر أن الملك منعدم حقيقة فلم يبق الظاهر إلا شبهة وبها يسقط الحد ولا يقام الحد على قاذفه.

قوله: **(هذا من باب الشبهة في المحل)** أقول: فيه بحث، بل الظاهر أنه من باب شبهة الاشتباه كما صرح به الزيلعي والنسفي في الكافي وصاحب الإيضاح، ألا ترى أن الظاهر أنه إن علم أنها ليست امرأته يحد وذلك يكون في شبهة الاشتباه ليس إلا قوله: **(بناء على دليل أطلق الشرع إلخ)** أقول: نعم إلا أنه مع قيام دليل الحرمة والشبهة في المحل تكون مع قيام الدليل النافي للحرمة قوله: **(ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت)** أقول: فيه أن القياس كان ذلك، إلا أنه ثبت على خلاف القياس دفعاً لضرر الغرور كما اعترف به قوله: **(ووجه الظاهر، إلى قوله: ولا يقام الحد على قاذفه)** أقول: فيه بحث.

وغيره، إلا إن كان دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لأن الإخبار دليل **(ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة)** ولكن يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: عليه الحد إذا كان عالماً بذلك لأنه عقد لم يصادف محله فيلغو كما إذا أضيف إلى الذكور، وهذا لأن محل التصرف ما يكون محلاً لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات. ولأبي حنيفة رحمه الله أن العقد صادف محله لأن محل التصرف ما يقبل مقصوده، والأنثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود، وكان ينبغي أن ينعقد في جميع الأحكام

المعتبر في شبهة المحل لأن الدليل المعتبر فيه هو ما مقتضاه ثبوت الملك نحو «أنت ومالك لأبيك»[1] والملك القائم للشريك لا ما يطلق شرعاً مجرد الفعل غير أنه مستثنى من الحكم المرتب عليه: أعني عدم ثبوت النسب للإجماع فيه. وبهذه والمعتدة ظهر عدم انضباط ما مهدوه من أحكام الشبهتين قوله: **(ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعلية الحد)** خلافاً للأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد قاسوها على المزفوفة بجامع ظن الحل. ولنا أن المسقط شبهة الحل ولا شبهة ههنا أصلاً سوى أن وجدها على فراشه، ومجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن إليه **(وهذا لأنه قد ينام على الفراش غير الزوجة)** من حبائبها الزائرات لها وقراباتها فلم يستند الظن إلى ما يصلح دليل حل، فكان كما لو ظن المستأجرة للخدمة والمودعة حلالاً فوطئها فإنه يحدّ. قال: **(وكذا إذا كان أعمى)** لأن الوجود على الفراش كما ذكرنا ليس صالحاً لاستناد الظن إليه **(وغيره)** مثل ما يحصل بالنغمة والحركات المألوفة فيحد أيضاً **(إلا إذا دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا وزوجتك فواقعها لأن الإخبار دليل)** وجاز تشابه النغمة خصوصاً لو لم تطل الصحبة، وقيد بقوله وقالت أنا زوجتك لأنها لو لم تقله بل اقتصرت على الجواب بنعم ونحوه فوطئها يحد لأنه يمكن التمييز بأكثر من ذلك بحيث يكون الحال متوسطاً في اطمئنان النفس إلى أنها هي قوله: **(ومن تزوّج امرأة لا يحل له نكاحها)** بأن كانت من ذوي محارمه بنسب كأمه أو ابنته **(فوطئها لم يجب عليه الحد عند أبي حنيفة)** وسفيان الثورى وزفر، وإن قال علمت أنها عليّ حرام ولكن يجب عليه بذلك المهر ويعاقب عقوبة هي أشد ما يكون من التعزير سياسة لاحداً مقدراً شرعاً إذاكان عالماً بذلك، وإذا لم يكن عالماً لاحد ولا عقوبة تعزير وقال: **(أبو يوسف ومحمد الشافعي)** وكذا مالك وأحمد **(يجب الحد إذا كان عالماً بذلك)** وكان يجب[2] أن يوسط الضمير المنفصل فيقول وقالا هما والشافعي لما عرف أن العطف على ضمير الرفع المتصل لا يجوز إلا أن يفصل بضمير منفصل أو غيره على قول وإلا فشاذ ضعيف. وعلى هذا الخلاف كل محرمة برضاع أو صهرية متفق عليه، وأما غير ذلك ففي الكافي لحافظ الدين: منكوحة الغير

وقوله: **(لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها)** يعني فلا يصلح مجرد النوم على فراشها دليلاً شرعياً فكان مقصراً فيجب الحد. وإنما قال: **(وقالت أنا زوجتك)** لأنها إذا أجابت بالفعل ولم تقل ذلك فواقعها وجب عليه الحد كذا في الإيضاح **(ومن تزوّج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة ولكن يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: يجب عليه الحد إذا كان علم بذلك لأن هذا عقد لم يصادف محله)** وكل عقد لم يصادف محله يلغو **(كما إذا أضيف إلى الذكور)** قوله: **(وهذا لأن محل التصرف)** بيان لقوله عقد لم يصادف محله لأن محل التصرف **(ما يكون محلاً لحكمه)** وهذا المحل ليس محلاً لحكمه **(لأن حكمه الحل وهي من المحرمات. ولأبي حنيفة أن العقد صادف محله لأن محل التصرف ما يكون قابلاً لمقصوده)** وهو التوالد ههنا **(وبنات آدم قابلة لذلك)** قوله وهذا المحل ليس محلاً لحكمه. قلنا: ليس محلاً لحكمه أصلاً أو في وقت دون وقت، والأول ممنوع لأنه كان محلاً له في شريعة من قبلنا. والثاني مسلم، ولكن كونه محلاً في الجملة لم لا يجوز أن يكون شبهة في درء الحد فإن الفعل لم يقع زنا لا لغة ولا عرفاً، فإن أهل اللغة لا يفصلون بين الزنا وغيره إلا بالعقد والفرض وجوده، وأولاد أهل الذمة من محارمهم لا تنسب إلى الزنا في العرف وهم يقرّون على نكاح المحارم ولا يقرّون على الزنا بل يحدون عليه **(و)** إذا ثبت أن العقد صادف محله **(كان ينبغي أن ينعقد في حق جميع الأحكام إلا أنه تقاعد عن إفادة**

---

(١) تقدم مراراً، وإسناده جيد.

(٢) **(وكان يجب)** هذا إنما يتمشى على نسخة. وقالا والشافعي بعطف الظاهر على الضمير كما هو ظاهر، كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي.

إلا أنه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لأن الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت، إلا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدّر فيعزر

ومعتدته ومطلقته الثلاث بعد التزوّج كالمحرم. قال: وإن كان النكاح مختلفاً فيه كالنكاح بلا وليّ وبلا شهود فلا حدّ عليه اتفاقاً لتمكن الشبهة عند الكل، وكذا إذا تزوّج أمة على حرّة أو تزوّج مجوسية أو أمة بلا إذن سيدها أو تزوج العبد بلا إذن سيده فلا حدّ عليه اتفاقاً، أما عنده فظاهر، وكذا عندهما لأن الشبهة إنما تنتفي عندهما إذا كان مجمعاً على تحريمه وهي حرام على التأبيد. وفي بعض الشروح: أراد بنكاح من لا يحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعتدة الغير ونكاح الخامسة وأخت المرأة في عدتها والمجوسية والأمة على الحرة ونكاح العبد أو الأمة بلا إذن المولى والنكاح بغير شهود، ففي كل هذه لا يجب الحد عند أبي حنيفة، وإن قال علمت أنها عليّ حرام وعندهم يجب إذا علم بالتحريم وإلا فلا، ثم قال: ولكنهما قالا فيما ليس بحرام على التأبيد لا يجب الحد كالنكاح بغير شهود فقد تعارضا حيث جعل في الكافي الأمة على الحرة والمجوسية والأمة بلا إذن السيد وتزوج العبد بلا إذن السيد محل الاتفاق على سقوط الحد، وجعلها هذا الشارح من محل الخلاف، فعندهما يحدّ وأضاف إلى ذلك ما سمعت، ثم لا يخفى ما في عبارته من عدم التحرير، ثم قول حافظ الدين في الكافي في تعليل سقوط الحدّ في تزوج المجوسية وما معها لأن الشبهة إنما تنتفي عندهما: يعني حتى يجب الحد إذا كان مجمعاً على تحريمه وهي حرام على التأبيد يقتضي حينئذ أن لا يحدّ عندهما في تزوج منكوحة الغير وما معها لأنها ليست محرمة على التأبيد، فإن حرمتها مقيدة ببقاء نكاحها وعدّتها؛ كما أن حرمة المجوسية مغياة بتمجسها حتى لو أسلمت حلت، كما أن تلك لو طلقت وانقضت عدتها حلت وأنه لا يحد عندهما إلى في المحارم فقط. وهذا هو الذي يغلب على ظني. والذين يعتمد على نقلهم وتحريرهم مثل ابن المنذر كذلك ذكروا، فحكى ابن المنذر عنهما أنه يحد في ذات المحرم ولا يحد في غير ذلك، قال: مثل أن يتزوّج مجوسية أو خامسة أو معتدة. وعبارة الكافي للحاكم تفيد ذلك حيث قال: رجل تزوّج امرأة ممن لا يحل له نكاجها فدخل بها قال لا حدّ عليه، وإن فعله على علم لم يحدّ أيضاً ويوجع عقوبة في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: إن علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم إلى هنا لفظه، فعمم في المرأة التي لا تحل له في سقوط الحد على قول أبي حنيفة، ثم خص مخالفتهما بذوات المحارم من ذلك العموم، فاللفظ ظاهر في ذلك على ما عرف في الروايات. وفي مسئلة المحارم رواية عن جابر رضي الله عنه أنه يضرب عنقه، ونقل عن أحمد وإسحاق وأهل الظاهر، وقصر ابن حزم قتله على ما إذا كانت امرأة أبيه قصراً للحديث الآتي على مورده. وفي رواية أخرى عن أحمد تضرب عنقه، ويؤخذ ماله لبيت المال. وذلك لحديث البراء قال: «لقيت خالي ومعه راية فقلت له: أين تريد؟ قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل نكح امرأة أبيه أن أضرب عنقه وآخذ ماله»[1]. وهذا الحديث رواه أبو داود والترمذي وقال:

حقيقة الحل) بتحريم الشرع في ديننا (فيورث الشبهة لأن الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت إلا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حدّ

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٤٤٥٧ والترمذي ١٣٦٢ والنسائي ٦/ ١٠٩ وابن ماجه ٢٦٠٧ وابن حبان ٤١١٢ والحاكم ٢/ ١٩١ وعبد الرزاق ١٠٨٠٤ وابن أبي شيبة ١٠/ ١٠٤ وسعيد بن منصور ٩٤٢ والدارقطني ٣/ ١٩٦ والبغوي ٢٥٩٢ من طرق عن عدي بن ثابت عن البراء به.
وأخرجه النسائي ٦/ ١٠٩ ـ ١١٠ وأحمد ٤/ ٢٩٥ والبيهقي ٧/ ١٦٢ كلهم عن عدي بن ثابت عن يزيد بن البراء عن أبيه بنحوه.
وأخرجه سعيد بن منصور ٩٤٣ وأحمد ٤/ ٢٩٥ وأبو داود ٣٣٥٦ والدارقطني ٣/ ١٩٦ والبيهقي ٨/ ٢٣٧ من طرق عن مطرّف عن أبي الجهم عن البراء بنحوه.
وقال الترمذي عقب روايته: حسن غريب!
وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم. ووافقه الذهبي، وهو كما قالا بل ورد من طرق أخرى حسان كما تقدم، فالحديث حسن أو صحيح والله تعالى أعلم.

. . . .

حديث حسن. وروى ابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ «من وقع على ذات محرم منه فاقتلوه»[1] وأجيب بأن معناه أنه عقد مستحلاً فارتدّ بذلك، وهذا لأن الحدّ ليس ضرب العنق وأخذ المال بل ذلك لازم للكفر. وفي بعض طرقه عن معاوية بن قرة عن أبيه «أن النبي ﷺ بعث جدّه معاوية إلى رجل عرّس بامرأة أبيه أن يضرب عنقه ويخمس ماله»[2] وهذا يدل على أنه استحل ذلك فارتدّ به، ويدل على ذلك أنه ذكر في الحديث أنه عرّس بها وتعريسه بها لا يستلزم وطأه إياها، وغير الوطء لا يحدّ به فضلاً عن القتل فحيث كان القتل كان للردّة. وهذا لا يخلو عن نظر، فإن الحكم لما كان عدم الحد والقتل بغير الوطء كان قتله جائزاً كونه لوطئه وكونه لردته فلا يتعين كونه للردّة. ويجاب بأنه أيضاً لا يتعين كونه للوطء فلا دليل فيه على أحدهما بعينه وذلك يكفينا. وقالوا: جاز فيه أحد الأمرين أنه للاستحلال، أو أمر بذلك سياسة وتعزيزاً. وجه القائل بالحدّ أنه وطء في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطىء أهل للحدّ عالم بالتحريم فيجب الحد كما لو لم يوجد العقد وليس العقد شبهة لأنه نفسه جناية هنا توجب العقوبة انضمت إلى الزنا فلم تكن شبهة كما لو أكرهها وعاقبها ثم زنى بها؛ ومدار الخلاف أن هذا العقد يوجب شبهة أم لا، فعندهم لا كما ذكر، وعند أبي حنيفة وسفيان وزفر نعم، ومداركونه يوجب شبهة على أنه ورد على ما هو محله أولاً، فعندهم لا لأن محل العقد ما يقبل حكمه وحكمه الحل، وهذه من المحرمات في سائر الحالات فكان الثابت صورة العقد لا انعقاده لأنه لا انعقاد في غير المحل كما لو عقد على ذكر، وعنده نعم لأن المحلية ليست لقبول الحل بل لقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ولذا صح من غيره عليها، وبتأمل يسير يظهر أنهم لم يتواردوا على محل واحدة في المحلية، فهم حيث نفوا محليتها أرادوا بالنسبة إلى خصوص هذا العاقد: أي ليست محلاً لعقد هذا العاقد ولذا عللوه بعدم حلها، ولا شك في حلها لغيره بعقد النكاح لا محليتها للعقد من حيث هو العقد، وهو حيث أثبت محليتها أراد محليتها لنفس العقد لا بالنظر إلى خصوص عاقد ولذا علل بقبولها مقاصده. فإن قلت: فقد أطلق الكل من الحنفية في الفقه والأصول عدم محلية المحارم لنكاح المحرم. ففي الأصول حيث قالوا: إن النهي عن المضامين والملاقيح ونكاح المحارم مجاز عن النفي لعدم محله، وفي الفقه كثير ومنه قولهم محل النكاح أنثى من بنات آدم ليست من المحرمات. فالجواب أن المراد نفي المحلية لعقد الناكح الخاص. وأنت علمت أن أبا حنيفة إنما أثبت محليتها للنكاح في الجملة لا بالنظر إلى خصوص ناكح ولا شك في ذلك. بقي النظر في أيّ الاعتبارين في ثبوت المحلية أولى كونه قابلاً للمقاصد أو كونه حلالاً، إن نظرنا إلى المعنى وهو أن الأصل أن يتبع الحل قيام الحاجة لتدفع به وهو المقصود ترجح قوله، أو إلى السمع أعني محل الإجماع وهو قول الكل إن الميتة ليست محلاً للبيع مع أنها إنما فيها عدم الحل ترجحوا، وقد رجح قول أبي حنيفة بقوله ﷺ «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل

. . . .

(١) ضعيف. أخرجه الترمذي ١٤٦٢ وابن ماجه ٢٥٦٤ والحاكم ٤/ ٣٥٦ والدارقطني ٣/ ١٢٦ والبيهقي ٨/ ٢٣٧ وأحمد ١/ ٣٠٠ كلهم من طريق داود ابن حصين عن عكرمة عن ابن عباس وصدره: «إذا قال الرجل للرجل: يا يهودي، فاضربوهُ عشرين، وإذا قال: يا مُخنَّث، فاضربوه عشرين. ومن وقع على ذات محرم، فاقتلوه»
قال الترمذي: لا يُعرف إلا من هذا الوجه، وإبراهيم بن إسماعيل يُضعَّف في الحديث، والعمل عليه عند أصحابنا اهـ وقال الحاكم: صحيح الإسناد، وردّه الذهبي بقوله: قلت: لا. وذكره ابن أبي حاتم في علله ١/ ٤٥٥ وقال: قال أبي هذا حديث منكر.
وقال البيهقي: ورواه عباد بن منصور عن عكرمة عن ابن عباس موقوفاً اهـ أخرجه ابن أبي شيبة ١١/ ٨٧ موقوفاً.
قلت: وللحديث المرفوع علة ثانية، وهي أن داود عن عكرمة منكر الحديث، وهو ثقة عن غير عكرمة، والحديث من هذا القبيل.
(٢) جيد. أخرجه ابن ماجه ٢٦٠٨ والبيهقي ٨/ ٢٠٨ والطحاوي ٢/ ٨٦ من طرق عن معاوية بن مرة عن أبيه به.
قال البوصيري في الزوائد: إسناده صحيح اهـ.
وتقدم شاهده قبل حديث.

(ومن وطىء أجنبية فيما دون الفرج يعزر) لأنه منكر ليس فيه شيء مقدر **(ومن أتى امرأة في الموضع المكروه أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة ويعزر، وزاد في الجامع الصغير: ويودع في السجن، وقالا: هو كالزنا فيحد)** وهو أحد قولي الشافعي، وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه الصلاة والسلام «اقتلوا الفاعل

فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلّ من فرجها»[1] حكم بالبطلان وأوجب المهر وهو مسقط للحدّ بالاتفاق، وكونه لا يعتقده على ظاهره لا يضرّ لأنه مؤوّل بتأويلين: أحدهما أنه آيل إلى البطلان باعتراض الولي بأن كان غير كفء والآخر تخصيصه بما إذا لم يكن للمرأة ولاية على نفسها كالأمة والصبية، وعلى هذا فهو باطل على ظاهره، وهو أقرب التأويلين لندرة فسخ وليّ بسبب عدم كفاءة من زوّجت المرأة نفسها منه وقد حكم فيه بالمهر إن دخل، لكن في الخلاصة قال: الفتوى على قولهما، ولعل وجهه أن تحقق الشبهة يقتضي تحقق الحل من وجه، لأن الشبهة لا محالة شبهة الحل لكن حلها ليس ثابتاً من وجه وإلا من وجه وإلا وجبت العدّة وثبت النسب. ودفع بأن من المشايخ من التزم ذلك. وعلى التسليم فثبوت النسب والعدة أقل ما يبتني عليه وجود الحل من وجه وهو منتف في المحارم، وشبهة الحل ليس ثبوت الحل من وجه فإن الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت فلا ثبوت لما له شبهة الثبوت بوجه من الوجوه، ألا ترى أن أبا حنيفة ألزم عقوبته بأشد ما يكون، وإنما لم يثبت عقوبة هي الحد فعرف أنه زنا محض عنده إلا أن فيه شبهة فلا يثبت نسبه. ومن شبهة العقد ما إذا استأجرها ليزني بها ففعل لا حدّ عليه ويعزر، وقال: هما[2]| والشافعي ومالك وأحمد: يحدّ لأن عقد الإجارة لا يستباح به البضع فصار كما لو استأجرها للطبخ ونحوه من الأعمال ثم زنى بها فإنه يحدّ اتفاقاً. وله أن المستوفى بالزنا المنفعة وهي المعقود عليه في الإجارة لكنه في حكم العين، فبالنظر إلى الحقيقة تكون محلاً لعقد الإجارة فأورث شبهة، بخلاف الاستئجار للطبخ ونحوه لأن العقد لم يضف إلى المستوفى بالوطء والعقد المضاف إلى محل يورث الشبهة فيه لا في محل آخر. وفي الكافي: لو قال أمهرتك كذا لأزني بك لم يجب الحد، وهكذا لو قال استأجرتك أو خذي هذه الدراهم لأطأك. والحق في هذا كله وجوب الحد إذ المذكور معنى يعارضه كتاب الله، قال الله تعالى ﴿الزانية والزاني فاجلدوا﴾ [النور ٢] فالمعنى الذي يفيد أن فعل الزنا مع قوله أزني بك لا يجلد معه للفظة المهر معارض له قوله: **(ومن وطىء أجنبية فيما دون الفرج)** بأن أولج في مغابن بطنها ونحوه وليس المراد ما يعم الدبر وهي المسئلة الآتية **(يعزر لأنه منكر)** محرم **(ليس فيه تقدير)** ففيه التعزير، ومثله ما إذا أتت امرأة امرأة أخرى فإنهما يعزّران لذلك قوله: **(ومن أتى امرأة)** أي أجنبية **(في الموضع المكروه)** أي دبرها **(أو عمل عمل قوم لوط فلا حدّ عليه عند أبي حنيفة ولكنه يعزّر)** ويسجن حتى يموت أو يتوب، ولو اعتاد اللواطة قتله الإمام

مقدر فيعزر) قوله: (ومن وطىء أجنبية فيما دون الفرج) أي في غير السبيلين كالتفخيذ والتبطين (عزّر لأنه فعل منكر ليس فيه شيء مقدر) قوله: (ومن أتى امرأة) قيل يريد أجنبية لأنه إذا أتى امرأته أو مملوكته (في الموضع المكروه) أي الدبر لا يحد حد الزنا عندهما أيضاً وإن كان محرماً عليه، وبه صرح في الزيادات لأن من الناس من يستحله بقوله تعالى ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾ من غير فصل بين محل ومحل **(أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة ويعزر. وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن، وقالا: هو كالزنا فيحدّ)** حد الزنا جلداً إن كان غير محصن ورجماً إن كان محصناً **(وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله.**

---

(١) تقدم في كتاب النكاح باب الولاية في النكاح، وصدره قوي، وأما عجزه، فإنه واو.

(٢) ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد والشافعي ومالك وأحمد هو الصواب، وهو الحق الذي لا مريه فيه، فيجب المصير إله، وإلا لو دققت في أحوال الزنا خاصة في هذه الأيام لوجدت عامة الزناة، والعياذ بالله يعطو المزينة مالاً على أنه أجرة لها، فإذا نصرنا قول أبي حنيفة بأدلة قياسية أو هي محض رأي تَتعطَّلُ الحدود، وهذا ينافي الحزم والشدة على الزناة، فيجب على كل من يغار على دينه أن يعلم أن ما ذهب إليه أبو حنيفة رأي انفرد به، وهو غريب لم يوافقه عليه أحد. والله تعالى أجل وأعلم.

والمفعول» ويروى «فارجموا الأعلى والأسفل» ولهما أنه في معنى الزنا لأنه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراماً لقصد سفح الماء. وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من

محصناً كان أو غير محصن سياسة، أما الحد المقدر شرعاً فليس حكماً له وقالا هو كالزنا، وهذه العبارة تفيد اعترافهما بأنه ليس من نفس الزنا بل حكمه حكم الزنا فيحد جلداً إن لم يكن أحصن ورجماً إن أحصن. وذكر في الروضة أن الخلاف في الغلام. أما لو وطىء امرأة في دبرها حدّ بلا خلاف. والأصح أن الكل على الخلاف نص عليه في الزيادات، ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو زوجته بنكاح صحيح أو فاسد لا يحدّ إجماعاً، كذا في الكافي. نعم فيه ما ذكرناه من التعزير والقتل لمن اعتاده إن رأى الإمام ذلك، لكن للشافعي في عبده وأمته ومنكوحته قولان، وهل تكون اللواطة في الجنة: أي هل يجوز كونها فيها، قيل إن كان حرمتها عقلاً وسمعاً لا تكون، وإن كان سمعاً فقط جاز أن تكون. والصحيح أنها لا تكون فيها لأنه تعالى استبعده واستقبحه فقال ﴿ما سبقكم بها من أحد من العالمين﴾ [الأعراف ٨٠] وسماه خبيثة فقال ﴿كانت تعمل الخبائث﴾ [الأنبياء ٧٤] والجنة منزهة عنهما (وقال) الشافعي (في قول يقتلان) ففي وجه بالسيف (بكل حال) أي بكرين كانا أو ثيبين، وفي قول يرجمان بكل حال وبه قال مالك وأحمد، وفي قول آخر وهو المصحح من مذهبه يحدّ جلداً وتغريباً إن كان بكراً ورجماً إن أحصن. وجه القتل ما روى أبو داود والترمذي وابن ماجه عن عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن عمرو بن أبي عمرو عن عكرمة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ «من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوه، الفاعل والمفعول به»[(١)]، قال الترمذي: إنما يعرف هذا من حديث ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام من هذا الوجه، ورواه محمد بن إسحاق عن عمرو بن أبي عمرو فقال «ملعون من عمل عمل قوم لوط» ولم يذكر فيه القتل. وروى عن عاصم بن عمر عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال «اقتلوا الفاعل والمفعول به» وفي إسناده مقال، ولا

وقال في قول آخر: يقتلان بكل حال) أي سواء كانا محصنين أو لم يكونا لقوله ﷺ: («اقتلوا الفاعل والمفعول» ويروى «فارجموا

(١) أخرجه أبو داود ٤٤٦٢ والترمذي ١٤٥٦ وابن ماجه ٢٥٦١ وابن الجارود ٨٢٠ والدارقطني ٣/ ١٢٤ والبغوي في شرح السنة ٢٥٩٣ والطبري في تهذيب الآثار ١/ ٥٥٤ حـ ٨٧٠ والحاكم ٤/ ٣٥٥ وأبو يعلى ٢٤٦٣ والبيهقي ٨/ ٢٣١ - ٢٣٢ وابن حزم في المحلى ١١/ ٣٨٧ من طرق كلهم عن عمرو بن أبي عمرو عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً. وفي حديث عمرو هذا عن عكرمة كلام.

قال الترمذي: إنما يعرف من هذا الوجه.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد. ووافقه الذهبي.

وتوبع عمرو بن أبي عمرو فقد أخرجه عبد الرزاق ١٣٤٩٢ وأحمد ١/ ٣٠٠ والبيهقي ٨/ ٢٣٢ وابن حزم ١١/ ٣٨٧ والطبري ١/ ٥٥٥ - ٥٥٦ في تهذيب الآثار كلهم عن داود بن حصين عن عكرمة عن ابن عباس به.

وتابعهما على عكرمة. عباد بن منصور أخرجه الطبري ١/ ٥٥٠ والبيهقي ٨/ ٢٣٢.

وله شاهد من حديث أبي هريرة. أخرجه الحاكم ٤/ ٣٥٥ والترمذي بإثر حديث ١٤٥٦ كلاهما من حديث أبي هريرة قال الترمذي: في إسناده مقال، ولا نعرف رواه عن سهيل بن أبي صالح سوى عاصم بن عمر العمري، وهو مضعّف.

قلت: وهو عند الحاكم: عن عبد الرحمن العمري بدل عاصم. وسكت عليه الحاكم، وتعقبه الذهبي فقال: عبد الرحمن ساقط. وجاء في نصب الراية ٣/ ٣٣٩ - ٣٤٠ ما ملخصه: قال البخاري: عمرو بن أبي عمرو صدوق لكنه روى عن عكرمة مناكير وقال النسائي: عمرو بن أبي عمر ليس بالقوي.

وقال المنذري في مُختصر: احتج البخاري ومسلم بعمرو وتكلم فيه غير واحد.

قال الزيلعي: وقال شيخنا الذهبي: قال ابن معين: عمرو بن أبي عمرو ثقة ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس هذا.

قال الذهبي: ليس هو بضعيف، ولا مستضعف، ولا هو في الثقة كالزهري بل هو دونه اهـ.

وجاء في تلخيص الحبير ٤/ ٥٤ ما ملخصه: استنكره النسائي وورد من حديث أبي هريرة ولا يصح فيه عاصم العمري وحديث ابن عباس مختلف في ثبوته اهـ.

الخلاصة: أحسن طرقه عن عمرو بن أبي عمرو، وهو ثقة لكن أنكر عليه حديثه هذا عن عكرمة لكن ورد من طُرق أخرىٰ، فالحديث حسن إن شاء الله لا سيما، وله شاهد ضعيف عن أبي هريرة، وتقدم ذلك كله مستوفياً.

الإحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الأحجار وغير ذلك، ولا هو في معنى الزنا لأنه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الأنساب، وكذا هو أندر وقوعاً لانعدام الداعي من أحد الجانبين والداعي إلى الزنا من الجانبين.

يعلم أحد رواه عن سهيل بن أبي صالح غير عاصم بن عمر العمري، وهو يضعف في الحديث من قبل حفظه، وبسند السنن رواه أحمد في مسنده والحاكم وقال: صحيح الإسناد. وقال البخاري: عمرو بن أبي عمرو صدوق، لكنه روى عن عكرمة مناكير. وقال النسائي: ليس بالقوي. وقال ابن معين: ثقة ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام «اقتلوا الفاعل والمفعول به»[1] وقد أخرج له الجماعة وأخرجه الحاكم بطريق آخر وسكت عنه. وتعقبه الذهبي بأن عبد الرحمن العمري ساقط، وإذا كان الحديث بهذه المثابة من التردد في أمره لم يجز أن يقدم به على القتل مستمراً على أنه حدّ، ولو سلم حمل على قتله سياسة. ولهما أنه في معنى الزنا لأنه قضاء الشهوة في محل مشتهى على وجه الكمال لمجرد قصد سفح الماء بل أبلغ حرمة وتضييعاً للماء لأن الحرمة قد تنكشف في الزنا بالعقد وقد يتوهم الولد فيه، بخلاف اللواطة فيهما فيثبت حكم الزنا له بدلالة نص حدّ الزنا لا بالقياس. ولأبي حنيفة أنه ليس بزنا ولا معناه فلا يثبت فيه حد، وذلك لأن الصحابة اختلفوا في موجبه: فمنهم من أوجب فيه التحريق بالنار، ومنهم من قال يهدم عليه الجدار، ومنهم من يلقيه من مكان مرتفع مع إتباع الأحجار، فلو كان زنا في اللسان أو في معناه لم يختلفوا بل كانوا يتفقون على إيجاب حد الزنا عليه. فاختلافهم في موجبه وهم أهل اللسان أدل دليل على أنه ليس من مسمى لفظ الزنا لغة ولا معناه، وأما الاستدلال بقول القائل:

من كف ذات حر في زيّ ذي ذكر ... لها محبان لوطيّ وزناء

فلعدم معرفة من ينسب إليه البيت، وقول من قال حيث قال: قائلهم وذكر البيت غلط، وذلك أنه ليس بعربيّ بل هو من شعر أبي نواس من قصيدته التي أوّلها:

دع عنك لومي فإن اللوم إغراء ... وداوني بالتي كانت هي الداء

وهي قصيدة معروفة في ديوانه، وهو مولد لا تثبت اللغة بكلامه مع أنه ينبغي تطهير كتب الشريعة عن أمثاله. وأيضاً لا يثبت دلالة لأن المعنى المحرم في الزنا ليس إضاعة الماء من حيث هو إضاعته لجواز إضاعته بل إفضاؤه إلى إضاعة الولد الذي هو إهلاك معنى، فإن ولد الزنا ليس له أب يربيه والأم بمفردها عاجزة عنه فيشب على أسوإ الأحوال، ولأنه قد يدعيه بعض السفهاء وإن لم يثبت نسبه شرعاً ليختص به وينفعه ويشتبه على من هو له فيقع التقاتل والفتنة وليس شيء من ذلك في اللواط (وكذا هو أندر وقوعاً من الزنا لانعدام الداعي من الجانبين) على الاستمرار، بخلاف الزنا لتحققه من الجانبين فيه على وجه الاستمرار لندرة وقوع الزنا بصبيّة لا تشتهي أصلاً إذ قلما يكون ذلك، ولا عبرة بأوكدية الحرمة في ثبوت عين موجب الآخر، ولذا لا يحدّ بشرب البول المجمع على نجاسته ويحدّ بشرب الخمر، فيلزم من هذا أن لا يثبت الحد بطريق الدلالة إلا إذا كان في المساوي من كل وجه دون الأعلى بل ذلك قد يكون له زاجر قويّ وقد لا إلا إيعاد عقاب الآخرة. وأما تخريج ما عن الصحابة فروى البيهقي في شعب الإيمان من طريق ابن أبي الدنيا: حدثنا عبدالله بن عمر، حدثنا عبد العزيز بن أبي حازم عن داود بن بكر عن محمد بن المنكدر: أن خالد بن الوليد كتب إلى أبي بكر أنه وجد رجلاً في بعض نواحي العرب ينكح كما تنكح المرأة، فجمع أبو بكر الصحابة فسألهم، فكان من أشدهم في ذلك قولاً عليّ رضي الله عنه قال: هذا ذنب لم يعص به إلا أمة واحدة صنع

الأعلى والأسفل» ولهما أنه) أي اللواط (في معنى الزنا وقيل أي كل واحد من العمل في الموضع المكروه وفعل اللواط. وفي بعض النسخ: إنهما في معنى الزنا لأنه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراماً لقصد سفح الماء) وهو

---

(١) تقدم مستوفياً في الذي قبله.

وما رواه محمول على السياسة أو على المستحل إلا أنه يعزر عنده لما بيناه **(ومن وطيء بهيمة لا حدّ عليه لأنه ليس في معنى الزنا في كونه جناية)** وفي وجود الداعي لأن الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره إلا أنه يعزر لما بيناه. والذي يروى أنه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب (ومن زنى

الله بها ما علمتم، نرى أن نحرقه بالنار، فاجتمع رأي الصحابة على ذلك[1] قال: ورواه الواقدي في كتاب الردة في آخر ردة بني سليم. وروى ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا غسان بن مضر عن سعيد بن يزيد عن أبي نضرة قال: سئل ابن عباس ما حدّ اللواطة؛ قال: ينظر إلى أعلى بناء في القرية فيرمى منه منكساً ثم يتبع بالحجارة[2]. ورواه البيهقي أيضاً من طريق ابن أبي الدنيا. وكأنّ مأخذ هذا أن قوم لوط أهلكوا بذلك حيث حملت قراهم ونكست بهم، ولا شك في اتباع الهديم بهم وهم نازلون. وذكر مشايخنا عن ابن الزبير يحبسان في أنتن المواضع حتى يموتا نتنا. وأما استدلالهم بتسميتها فاحشة في قوله تعالى **﴿أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين﴾** [الأعراف ٨٠] فمدفوع بأن الفاحشة لا تخص لغة الزنا، قال تعالى **﴿ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن﴾** [الأنعام ٥١] وقول المصنف **(إلا أنه يعزر لما بينا)** أي من أنه منكر ليس فيه شيء مقدر قوله: **(ومن وطيء بهيمة فلا حدّ عليه)** وكذا إذا زنى بميتة لأنه للزجر، وإنما يحتاج إلى الزجر فيما طريق وجوده منفتح سالك، وهذا ليس كذلك لأنه لا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وإن اتفق لبعضهم ذلك لغلبة الشبق فلا يفتقر إلى الزاجر لزجر الطبع عنه **(ولهذا لا يجب ستره في البهيمة إلا أنه يعزر لما بينا)** من أنه منكر ليس فيه تقدير شرعي ففيه التعزير **(والذي يروى أنه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع)** امتداد **(التحدث به)** كلما رئيت فيتأذى الفاعل به وليس بواجب. وإذا ذبحت وهي مما لا تؤكل ضمن قيمتها إن كان مالكها غيره لأنها ذبحت لأجله وإن كانت مما تؤكل أكلت. وضمن عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف لا تؤكل، والمراد بالمروى ما روى أصحاب السنن الأربعة عن عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام «من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها» قلت له: ما

مناط الحد في الزنا) فيلحق به اللواط في الدلالة بالقياس، لأن القياس لا يدخل فيما يدرأ بالشبهات **(وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة في موجبه من الإحراق بالنار وهدم الجدار عليه والتنكيس من مكان مرتفع بإتباع الأحجار وغير ذلك)** من الحبس في أنتنّ المواضع حتى يموتا ولم يختلفوا في موجب الزنا فدل على أنه ليس بزنا **(ولا هو في معنى الزنا لأنه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الأنساب)** بخلاف الزنا **(وكذا هو أندر وقوعاً)** من الزنا **(لانعدام الداعي في أحد الجانبين)** يعني على ما هو الجبلة السليمة **(والداعي إلى الزنا من الجانبين)** وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به دلالة فبقي القياس والقياس في مثله باطل **(وما رواه)** من قتلهما أو رجمهما **(محمول على السياسة أو على المستحل)** للكفر بذلك **(إلا أنه يعزر عنده)** أي عند أبي حنيفة **(لما بينا)** أنه ارتكب جريمة وليس فيه حدّ مقدر. قال في الزيادات: والرأي فيه إلى الإمام إن شاء قتله إن اعتاد ذلك، وإن شاء ضربه وحبسه؛ فقوله **إلا أنه** استثناء من قوله ولا هو في معنى الزنا. **(ومن وطيء بهيمة فلا حدّ عليه لأنه ليس في معنى الزنا في كونه جناية)** إذ ليس فيه تضييع الولد ولا إفساد الفراش **(و)** لا **(في وجود الداعي لأن الطبع السليم ينفر عنه، وإنما يحمله على ذلك نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره)** أي ستر فرج البهيمة، وإنما أضمر عليه وإن لم يسبق ذكره لأن ذكر البهيمة يستلزمه فكان مرجعه حكمياً

---

(١) ضعيف. أخرجه البيهقي في سننه الكبرى ٨/ ٢٣٢ عن صفوان بن سليم أن خالد بن الوليد... فذكره وقال البيهقي: هذا مرسل. وروي من وجه آخر عن جعفر ابن محمد عن أبيه عن علي في غير هذه القصة اهـ.

قلت: وهذا منقطع أيضاً: وأما رواية الواقدي فهي منقطعة، وهو واهٍ. قال ابن حجر في الدراية عن رواية البيهقي: هو ضعيف جداً ولو صحّ لكان قاطعاً للحجة، ورواه الواقدي في الرِّدّة اهـ. وسكت عليه ابن حجر في الدراية ٢/ ١٠٣، والزيلعي ٣/ ٣٤٢، ولو ثبت إجماع الصحابة كما قال ابن حجر لكان اتفاقاً، وهذا لم يحصل كما قال ابن حجر. بل هو مذهب ضعيف، وإليك كلام الترمذي حيث قال عقب حديث قتل اللوطي: اختلف أهل العلم في حد اللوطي، فرأى بعضهم أن عليه الرجم أحصن أو لم يحصن. وهذا قول: مالك والشافعي وأحمد وإسحق.

وقال: الحسن والنخعي وعطاء والثوري، وأهل الكوفة: حد اللوطي حد الزاني اهـ.

قلت: فأين الإجماع على تحريقه بالنار؟!!!

(٢) موقوف حسن. أخرجه البيهقي ٨/ ٢٣٢ بسند حسن عن ابن عباس بهذا اللفظ.

. . . .

شأن البهيمة قال: ما أراه قال ذلك إلا أنه كره أن يؤكل لحمها أو ينتفع بها وقد عُمِلَ بها ما عمل»[1] ولعل قول ابن عباس هذا هو المتمسك لأبي يوسف في عدم أكلها. إلا أن المعنى الذي عينه الأصحاب من قطع التعيير أقرب إلى النفس. رواه ابن ماجه عن إبراهيم بن إسماعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة والباقون عن عمرو بن أبي عمرو، وتقدم الكلام على عمرو هذا؛ وأما إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حنيفة فقال أحمد ثقة، وقال البخاري منكر الحديث، وضعفه غير واحد من الحفاظ، وضعف أبو داود هذا الحديث بطريق آخر، وهو أنه روى عن عاصم بن أبي النجود عن أبي رزين عن ابن عباس موقوفاً عليه: «ليس على الذي يأتي البهيمة حد» وهو الذي روى عنه الرفع عن رسول الله ﷺ بقتلهما وتأويله المذكور آنفاً، ومحال أن يروى عن رسول الله ﷺ القتل ثم يخالفه، وكذا أخرجه الترمذي والنسائي. وقال الترمذي: وهذا أصحح من الأول، ولفظه «من أتى بهيمة فلا شيء عليه»[2]. وأخرج الحاكم حديث عمرو بن أبي عمرو بزيادة. وقال: صحيح الإسناد قوله: (ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج إلينا) فأقرّ عند القاضي به

(إلا أنه يعزر لما بينا) أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر، وما روي أن النبي ﷺ قال «من أتي بهيمة فاقتلوه» شاذ لا يعمل به، ولو ثبت فتأويله مستحل ذلك الفعل (والذي يروى أنه تذبح البهيمة) وهو ما روي عن عليّ ابن أبي طالب رضي الله عنه: أنه أتي برجل أتي بهيمة فأمر بالبهيمة فذبحت وأحرقت بالنار (فذلك لقطع التحدث به) كي لا يعير بها الرجل إذا كانت البهيمة باقية (لا أنه واجب) قال: (ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج إلينا) وأقرّ عند الإمام بالزنا (لا يقام عليه الحد. وقال الشافعي

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٤٦٤ والترمذي ١٤٥٥ والدارقطني ٣/ ١٢٦ ـ ١٢٧ والحاكم ٤/ ٣٥٥ والطبري في تهذيب الآثار ١/ ٥٥٤ والبغوي ٢٥٩٣ وأبو يعلى ٢٤٦٢ و ٢٧٤٣ والبيهقي ٨/ ٢٣٣ وأحمد ١/ ٢٦٩ وابن حزم في المحلى ١١/ ٣٨٧ من طرق كلهم عن عمر وابن أبي عمر عن عكرمة عن ابن عباس بهذا اللفظ مع كلام ابن عباس. وصححه الحاكم، وأقره الذهبي.

وأخرجه عبد الرزاق ١٣٤٩٢ وأحمد ١/ ٣٠٠ وابن ماجه ٢٥٦٤ والدارقطني ٣/ ١٢٦ والحاكم ٤/ ٣٥٦ والبيهقي ٨/ ٢٣٢ ـ ٢٣٤ ـ ٢٣٧. والطبري في تهذيب الآثار ١/ ٥٥٤ ـ ٥٥٥ وابن حزم ١١/ ٣٨٧ كلهم من طريق داود بن حصين عن عكرمة به. وصححه الحاكم، ورده الذهبي. وأخرجه الطبري في تهذيب الآثار ١/ ٥٥٠ والبيهقي ٨/ ٢٣٢ ـ ٢٣٣ وابن حزم ١١/ ٣٨٧ والحاكم ٤/ ٣٥٥ من طريق عباد بن منصور عن عكرمة به وصححه الحكم، وسكت الذهبي.

قلت: فهذه طرق ثلاث. أقواها الأول. وقد قال أبو داود عقبه: ليس بالقوي.

وقال الترمذي لا نعرفه إلا من حديث عمرو بن أبي عمرو.

ثم أسنده أبو داود ٤٤٦٥ والترمذي بإثر حديث ١٤٥٥ والبيهقي ٨/ ٢٣٤ كلهم عن ابن عباس قال: «ليس على الذي يأتي البهيمة حدّ» موقوف.

قال أبو داود: وكذا قال عطاء. وحديث عاصم هذا يُضعف حديث عمرو بن عمرو.

وقال الترمذي أيضاً رواية الثوري عن عاصم عن أبي رُزين عن ابن عباس أصح من الحديث الأول.

وجاء في نصب الراية ٣/ ٢٤٠ ما ملخصه: قال البخاري: عمرو بن أبي عمرو صدوق لكن روى عن عكرمة مناكير

وقال النسائي: ليس بالقوي، وقال المنذري: تكلم فيه غير واحد. وقال شيخنا الذهبي: قال ابن معين: ثقة ينكر عليه حديث عكرمة، وقال أبو داود: ليس بالقوي وقال عبد الحق: لا يحتج به. وقال الذهبي: ليس بضعيف ولا هو ثقة كالزهري اهـ.

وأما رواية داود بن حصين عن عكرمة . . .

فقد قال الحافظ في التقريب: داود ثقة إلا في عكرمة. وأما الطريق الثالث، وهو عباد بن منصور عن عكرمة. فإن عباد هذا واه.

قال في الميزان ما ملخصه: لم يرضه القطان، وقال يحيى: ليس بشيء. وقال أبو حاتم وابن حبان: نرى أنه أخذ هذه والأحاديث عن ابن أبي يحيى عن داود بن حصين.

وقال أحمد: روى مناكير اهـ الذهبي ٢/ ٣٧٦ قلت: فتبين أنه عباد بن منصور لا متابعة في روايته، وإنما أخذها عن داود وداود بن حصين منكر الحديث عن عكرمة كما قال ابن حجر.

وبقي طريق عمر بن أبي عمرو. فقد أنكره عليه أئمة هذا الفن: البخاري وابن معين والنسائي، وضعفه الترمذي وأبو داود والطحاوي وغيرهم، وهؤلاء أصحاب القول الفصل في الحديث، والحكم عليه، وبيان علله. وبهذا يعلم تهوُرُ الألباني، ووهمه حيث ذكر هذا الحديث في الإرواء ٢٣٤٨ وحكم بصحته مخالفاً لأئمة هذا الفن، ولا يقولنّ قائل أن الألباني ذكر له طرقاً، فالجواب أن هذا لم يكن فتنبه. والله تعالى أجل وأعلم.

الخلاصة: لا يرقى هذا الحديث عن درجة الحسن البتة.

(٢) هذا موقوف على ابن عباس تقدم في الذي قبله.

في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج إلينا لا يقام عليه الحد). وعند الشافعي رحمه الله يحد لأنه التزم بإسلامه أحكامه أينما كان مقامه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا تقام الحدود في دار الحرب» ولأن المقصود هو الانزجار وولاية الإمام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة، ولا تقام بعد ما خرج لأنها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة. ولو غزا

(لا يقام عليه الحد. وعند الشافعي) ومالك (يحد لأنه التزم بإسلامه أحكام الإسلام أينما كان مقامه) قلنا: سلمنا أنه ملتزم للأحكام، لكن الحد ليس يجب عليه حتى يكون ملتزمه بالتزامه أحكام الإسلام، بل إنما يتضمن التزامه تسليم نفسه إذا وجب عليه الحد عند القاضي بإقامته عليه، وليس الكلام في هذا بل في نفس وجوب الحد، وإنما يجب على الإمام عند ثبوته عنده فهذا الدليل في غير محل النزاع. فالوجه أن يقال وجب على الإمام الإقامة على الزاني مطلقاً أينما كان زناه. وحينئذ نقول: امتنع بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «لا تقام الحدود في دار الحرب»[(١)] ولأن الوجوب مشروط بالقدرة ولا قدرة للإمام عليه حال كونه في دار الحرب فلا وجوب، وإلا عرى عن الفائدة لأن المقصود منه الاستيفاء ليحصل الزجر والفرض أن لا قدرة عليه، وإذا خرج والحال أنه لم ينعقد سبباً للإيجاب حال وجوده لم ينقلب موجباً له حال عدمه، لكن الحديث المذكور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «لا تقام الحدود في دار الحرب»[(٢)] لم يعلم له وجود. وروى محمد في كتاب السير الكبير عن النبي ﷺ أنه قال «من زنى أو سرق في دار الحرب وأصاب بها حدّاً ثم هرب فخرج إلينا فإنه لا يقام عليه الحد[(٣)]»، والله أعلم به. وعن الشافعي قال: قال أبو يوسف: حدثنا بعض أشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال: لا تقام الحدود في دار الحرب مخافة أن يلحق أهلها بالعدوّ. قال: وحدثنا بعض أصحابنا عن ثور بن يزيد عن حكيم بن عمير أن عمر بن الخطاب كتب إلى عمير بن سعد الأنصاري وإلى عماله: أن لا تقيموا الحدود على أحد من المسلمين في أرض الحرب حتى يخرجوا إلى أرض المصالحة. قال الشافعي: ومن هذا الشيخ ومكحول لم يدرك زيد بن ثابت، وأنت تعلم أن هذا نوع انقطاع، ومعتقد أبي يوسف أنه داخل في الإرسال، وأن حذف الشيخ لا يكون من العدل المجتهد إلا للعلم بثقته فلا يضرّ على رأي مثبتي المرسل شيء من ذلك بعد كون المرسل من أئمة الشأن والعدالة، وهذا الأخير رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا ابن

رحمه الله: يحد لأنه التزم بإسلامه أحكامه أينما كان مقامه. ولنا قوله ﷺ «لا تقام الحدود في دار الحرب». ووجه التمسك به أنه ﷺ لم يرد به حقيقة عدم الإقامة حساً لأن كل واحد يعرف أنه لا يمكن إقامة الحد في دار الحرب لانقطاع ولاية الإمام عنها فكان المراد بعدم الإقامة عدم وجوب الحد. فإن قيل: هذا الحديث معارض بقوله: ﴿فاجلدوا﴾ فلا يقبل. أجيب بأن مواضع الشبهة خصت من ذلك فيجوز التخصيص بعد ذلك بخبر الواحد والقياس لأنه لم يبق حجة قطعية على هذا أطبق الشارحون، وفيه نظر يعرف باستحضار قواعد الأصول. وهو أن التخصيص بهما إنما يصح بعد التخصيص بلفظ مقارن وليس في الآية بموجود، ويجوز أن يقال حصل التخصيص بلفظ مقارن وهو قوله تعالى ﴿كل واحد منهما﴾ فإن الضمير راجع إلى الزاني والزانية. والزنا وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته كما تقدم فخرج منه من لم يكن رجلاً. وإذا خص مقارناً جاز التخصيص بعده بخبر الواحد والقياس. وقوله: (ولأن المقصود هو الانزجار) يعني أن وجوب الحد ليس لعينه وإنما هو للانزجار، والانزجار يحصل بالاستيفاء، والاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الإمام، فلو وجب الحد لعرى عن الفائدة وذلك لا يجوز، وإذا لم يتعقد موجباً

قوله: (أجيب بأن مواضع الشبهة خصت من ذلك، إلى قوله: وفيه نظر) أقول: قوله خصت: يعني بالإجماع كما ذكره الكاكي فيندفع نظره بذلك قوله: (فخرج منه من لم يكن رجلاً إلخ) أقول: فيه بحث، فإن الزاني لم يتناوله ولا خروج إلا بعد الدخول فأين التخصيص؟

---

(١) هو الآتي.

(٢) لا يوجد مرفوعاً بهذا اللفظ. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٤٣: غريب. ووافقه الكمال فقال: لم يُعلم له وجود. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٠٤: لم أجده.

(٣) لا حجة فيه لأنه بغير إسناد، ولذا قال ابن الهمام: الله أعلم به اهـ والصواب في هذه الأحاديث الوقف كما يأتي.

. . . .

المبارك عن أبي بكر بن أبي مريم عن حكيم بن عمير به، وزاد: لئلا تحمله حمية الشيطان أن يلحق بالكفار انتهى. أثر آخر رواه ابن أبي شيبة أيضاً: حدثنا ابن المبارك عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن حميد بن عقبة بن رومان: أن أبا الدرداء نهى أن يقام على أحد حدّ في أرض العدوّ[1] وأخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن بسر بن أرطاة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول «لا تقطع الأيدي في السفر»[2] انتهى. ولفظ الترمذي «في الغزو» وقال الترمذي: حديث غريب، والعمل عليه عند بعض أهل العلم منهم الأوزاعي يرون أن لا يقام الحدّ في الغزو بحضرة العدوّ مخافة أن يلحق من يقام عليه الحدّ بالعدو، فإذا رجع الإمام إلى دار الإسلام أقام عليه الحد. واعلم أن مع الأوزاعي أحمد وإسحاق، فمذهبهم تأخير الحد إلى القفول، وبسر بن أرطاة ويقال ابن أبي أرطاة اختلف في صحبته، قال البيهقي في المعرفة: أهل المدينة ينكرون سماع بسر من النبيّ ﷺ، وكان يحيى بن معين يقول: بسر بن أرطاة رجل سوء، قال البيهقي: وذلك لما اشتهر من سوء فعله في قتال أهل الحرة اهـ. فلو أنه سمعه منه عليه الصلاة والسلام لا تقبل رواية من رضى ما وقع عام الحرة وكان من أعوانها. والحق أن هذه الآثار لو ثبتت بطريق موجب للعمل معللة بمخافة لحاق من أقيم عليه بأهل الحرب وأنه يقام إذا خرج وكونه يقيمه إذا خرج إلى دار الإسلام خلاف المذهب. فإن قيل: ليس معنى قوله في الآثار المتقدمة حتىّ يخرجوا إلى أرض المصالحة أنه حينئذ يقيم حد الزنا الذي كان في دار الحرب بل أنه إذا صار إلى أرض المصالحة يقيم عليه حد الزنا إذا زنا. قلنا: أظهر الاحتمالين الأول، ولو سلم احتمالهما على السواء فلا يترجح الثاني، وعلى اعتبار الاحتمال الأول هو خلاف المذهب مع أنه معارضة بما أخرجه أبو داود في المراسيل عن مكحول عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال «أقيموا حدود الله في السفر والحضر، على القريب والبعيد، ولا تبالوا في الله لومة لائم»[3] والمرسل حجة موجبة. قال: ورويناه بإسناد موصول في السنن فلا شك في عدم صحة الاحتجاج بمثل هذا الحديث على عدم الوجوب من الأصل، وأيضاً معارض إطلاق ﴿فاجلدوا﴾ [النور ٢] ونحوه فيكون زيادة. فإن أجيب بأنه عام خص منه مواضع الشبهة فهو مدفوع بأن الزنا نفسه مأخوذ فيه عدمها فإنه الوطء في غير ملك وشبهته، فترتيبه سبحانه إيجاب الحد على الزنا ترتيب ابتداء على مالا شبهة فيه فتكون هذه الأخبار مخصصاً أول، وأما الدليل العقلي المذكور فعليه أن يقال: لا نسلم أن عجز الإمام عن الإقامة حال دخول الزنا في الوجود يوجب أن لا فائدة في الإيجاب، إنما ذلك لو عجز مطلقاً فجاز أن يثبت الوجوب في الحال معلقاً بالقدرة، ولكنه يجاب بأنه لا معنى لهذا

لا يقام بعد ما خرج لئلا يقع الحكم بغير سبب، وأنث الضمير في قوله لأنها لم تنعقد بتأويل الفاحشة، قال الله تعالى ﴿ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة﴾ أو بتأويل الوطأة. وقوله: (ولو غزا) ظاهر. وقوله: (في معسكره) إشارة إلى أنه لو خرج من معسكره ودخل

---

(١) انظر هذه الموقوفات في نصب الراية ٣/ ٣٤٣.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٤٤٠٨ والترمذي ١٤٥٠ والنسائي ٨/ ٩١ وابن عدي في الضعفاء ٢/ ٦ من طرق كلهم من حديث بسر بن أرطاة مرفوعاً. وعلته بسر نفسه، فإنه مختلف في صحبته.
أسند ابن عدي عن يحيى قوله: بسر هذا رجل سوء. وكذا أسنده ابن عبد البر في الاستيعاب ١/ ١٥٥ في ترجمة بسر وزاد: وقال ابن معين: لا تصح صحبته
قال ابن عبد البر: لأمور عظام ركبها في الإسلام فيما نقله أهل الأخبار، وأهل الحديث، وأيضاً ذبحهُ ابني عبيد الله ابن عباس بن المطلب، وهما صغيران بين يدي أمهما. وأطال ابن عبد البر الكلام في أعماله، ومخالفاته ومما نقله عن الدراقطني قوله: له صحبة، ولم تكن له استقامة بعد النبي ﷺ اهـ باختصار ولذا قال الترمذي عقب حديثه: غريب.
وقال ابن عدي في الضعفاء: مختلف في صحبته.
وانظر نصب الراية ٣/ ٣٤٤ فالحديث ضعيف بسبب بسر هذا.

(٣) مرسل. رواه أبو داود في مراسيله كما في نصب الراية ٣/ ٣٤٤ عن مكحول عن عبادة بن الصامت مرسلاً ووصله البيهقي في سننه، وذكره ابن حجر في الدراية ٢/ ١٠٤ وسكت عليه قلت: ولو صحّ وصله لوصله أبو داود والله أعلم.

من له ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة وأمير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لأنه تحت يده، بخلاف أمير العسكر والسرية لأنه لم تفوض إليهما الإقامة. **(وإذا دخل حربي دارنا بأمان فزنى بذمية أو زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند أبي حنيفة، ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد رحمه الله في الذمي)** يعني إذا زنى بحربية، فأما إذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أوّلاً **(وقال أبو يوسف رحمه الله: يحدون كلهم)** وهو قوله الآخر. لأبي يوسف رحمه الله أن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات، كما أن الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصاً، بخلاف حد الشرب لأنه يعتقد إباحته. ولهما أنه ما دخل

الكلام. وتصحيحه أن يقال: جاز أن يثبت في الحال تعليق الإيجاب بالقدرة: أي إذا قدرت فأقم عليه، فالوجوب معدوم في الحال وموجود عند تحقق القدرة في المآكل لأن المعلق بالشرط كذلك، وحينئذ جوابه أن هذا المعنى ممكن لكن أين دليله، فإن الآيات إنما تفيد تنجيز الوجوب لا تعليقه، ونحن نعلم أن القدرة شرط التكليف فنعلم انتفاء مقتضاها في الزاني في دار الحرب فأين دليل تعليق الإيجاب حال زنا الزاني في دار الحرب باقتدار الإمام عليه، فإذا لم يثبت لم يثبت تعليقه كما لم يثبت تنجيزه. فإن أجيب بأن تعليقه يثبت بما تقدم من الآثار المفيدة أنه إذا رجع إلى دار الإسلام أقامه يدفع بأنه معارض بحديث مراسيل أبي داود وهو يرجح الاحتمال المخالف للمذهب من ذينك الاحتمالين. وأيضاً قد يقال عليه: لا نسلم أن حال الزنا يجب على الإمام الإقامة، بل إنما يجب إذا ثبت عنده، فقبل الثبوت عنده لا يتعلق به وجوب أصلاً. وفرض المسئلة أنه زنى في دار الحرب ثم أقرّ عند القاضي بعد الخروج أو شهد به عليه في غير تقادم وعند ذلك هو قادر ويتعلق به إيجاب الإقامة والمذهب خلافه، والله أعلم. قال: **(ولو غزا من له ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى في معكسره لأنه تحت يده فالقدرة ثابتة عليه)** بخلاف ما لو خرج من المعسكر فدخل دار الحرب فزنى ثم عاد إلى المعسكر لا يقيمه. ويفيد أنه لو زنى في العسكر والعسكر في دار الحرب في أيام المحاربة قبل الفتح له أن يقيمه للولاية حينئذ، أما أمير العسكر والسرية فلا يقيمه لأنه لم تفوض إليهما الإقامة قوله: **(وإذا دخل حربي دارنا بأمان)** وهو المستأمن **(فزنى بذمية الخ)** حاصل المسئلة إذا زنى الحربي المستأمن بالمسلمة أو الذمية فعليهما الحدّ دون الحربي في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف أوّلا: لا حدّ على واحد منهما، ثم رجع وقال: عليهما الحد جميعاً. وقال محمد بقوله الأول، فصار فيها ثلاثة أقوال: قول أبي حنيفة تحدّ بها المسلمة والذمية، وقول محمد لا يحدّ واحد منهم، وقول أبي يوسف يحد كلهم. وتقييد المسئلة بالمسلمة والذمية لأنه زنى بحربية مستأمنة لا يحد واحد منهما عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يحدان. ذكره في المختلف. وإن زنى المسلم أو الذمي بالحربية المستأمنة حدّ الرجل في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يحدان جميعاً. والأصل أن عند أبي حنيفة ومحمد لا يجب على الحربيّ حد من الحدود سوى حد القذف، فلا يجب عليه حد زنا ولا سرقة ولا شرب خمر. وعند أبي يوسف يجب الكلّ إلا حدّ الشرب، فحد الشرب لا يجب اتفاقاً لأنه يعتقد حله. وحد القذف يجب اتفاقاً لأن فيه حق العبد. واختلفوا في حد الزنا والسرقة، عند أبي يوسف يجب، وعندهما لا يجب. وجه

دار الحرب وزنى فيها ثم خرج لا يقام عليه الحد **(والسرية)** قيل هم الذين يسيرون بالليل ويختفون بالنهار، ومنه «خير السرايا أربعمائة». وقوله: **(وإذا دخل حربيّ دارنا بأمان)** حاصل اختلاف أصحابنا في هذه المسئلة شمول الوجوب في الذمي والذمية وشمول العدم في الحربي والحربية عند أبي حنيفة، وهذا الشمول لا يتغير بمغايرة أحد الطرفين للآخر بكونه حربياً أو ذمياً أو ذكراً أو أنثى. وعند محمد عدم التغير ثابت في جانب الحربي والحربية. وأما في جانب الذمي فيتفاوت بين الذكر والأنثى فيما إذا اختلف حالهما حيث يحدّ الذمي ولا تحد الحربية، وفي العكس لا يحدان وهو قول أبي يوسف أوّلا، وقال آخراً بشمول الوجوب في الأنواع كلها **(له أن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا كما أن الذمي التزمها مدة عمره)** ومن التزم أحكامنا تنفذ عليه كالمسلم والذمي **(ولهذا يحد حدّ القذف ويقتل قصاصاً)** فإن قيل: لو كان كذلك لأقيم عليه حد الشرب لأنه من أحكامنا. أجاب

للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من أهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به، وإنما التزم من الحكم ما يرجع إلى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد، لأنه لما طمع في الإنصاف يلتزم الإنتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم، أما حد الزنا فمحض حق الشرع. ولمحمد رحمه الله وهو الفرق أن الأصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما نذكره إن شاء الله تعالى. فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التبع، أما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الأصل. نظيره إذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون. ولأبي حنيفة رحمه الله فيه أن فعل الحربي المستأمن زنا لأنه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها، بخلاف الصبي والمجنون لأنهما لا يخاطبان، ونظير هذا الاختلاف إذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده، وعند محمد

قول أبي يوسف أن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات والسياسات، كما أن الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد للقذف ويقتل قصاصاً ويمنع من الزنا وشراء العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعهما، بخلاف حدّ الشرب لأنه معتقد إباحته. ووجه قول أبي حنيفة ومحمد أنه لما لم يدخل للقرار بل لحاجة يقضيها ويرجع وعلينا أن نمكنه من الرجوع بشرطه لم يكن بالاستئمان ملتزماً جميع أحكامنا في المعاملات، بل ما يرجع منها إلى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد، غير أنه لا بد من اعتباره ملتزماً الإنصاف وكفّ الأذى، إذ قد التزمنا له بأمانه مثل ذلك والقصاص وحدّ القذف من حقوقهم فلزماه، أما حد الزنا فخالص حق الله سبحانه، وكذا المغلب في السرقة حقه لم يلتزمه وصاحبه تعالى منعنا من استيفائه عند إعطاء أمانه، بخلاف المنع من شراء العبد المسلم والمصحف والإجبار على بيعهما فإنه من حقوق العباد لأن في استخدامه قهراً وإذلالاً للمسلم، وكذلك في استخفافه بالمصحف والزنا مستثنى من كل عهودهم. ولمحمد وهو الفرق بين المسلم أو الذمي إذا زنى بمستأمنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة أو الذمية إذا زنت بمستأمن حيث لا يجب الحد عنده عليهما أن الأصل في الزنا فعل الرجل

بقوله: (بخلاف حد الشرب لأنه يعتقد إباحته) فإن قلت: فهو يعتقد إباحة قتل المسلم وقذفه فينبغي أن لا يقتص منه ولا يحد لقذفه. قلت: المعنيّ باعتقاد الإباحة هو أن يكون ذلك ديناً، وقتل النفس والقذف حرام في دينهم، فإباحتهم ذلك ليست بدين، وإنما هو هوى وتعصب (ولأبي حنيفة ومحمد أن التزام الأحكام إنما هو بالتزام القرار في الدار، لأن الاتصاف بكونه من دارنا إنما يكون بذلك، والحربيّ ما التزم ذلك لأنه دخل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من أهل دارنا، ولهذا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب، ولا يقتل المسلم ولا الذمي به) وإذا لم يصر من دارنا وكان دخوله لحاجة (كان ملتزماً من الأحكام ما يرجع إلى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد) لأنه لما لم يدخل إلا طامعاً في الإنصاف: أي العدل لأجله على غيره (يلتزم الانتصاف) أي العدل لغيره عليه لأن الغرم بإزاء الغنم. (والقصاص وحدّ القذف من حقوق العباد) فكان داخلاً في الانتصاف (وأما حدّ الزنا فمحض حق الشرع) فلا يكون داخلاً فيه، فلما فرغا من الجواب عن قول أبي يوسف شرع كل منهما في إثبات ما ذهب إليه، فقال محمد: (الأصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما يأتي؛ فامتناع الحد في حق الأصل) فيما إذا زنى الحربي بذمية (يوجب امتناعه في حق التبع) وإلا لا يكون تبعاً فكان خلفاً (وأما الامتناع في حق التبع) فيما إذا زنى الذمي بحربية (فلا يوجب امتناعه في حق الأصل) وإلا لكان مستتبعاً فكان أصلاً، والفرض أنه تبع وذلك خلف باطل (نظير ذلك إذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة) فإنه يحد البالغ دونهما لأن الامتناع في حق التبع لا يستلزمه في حق الأصل (وتمكين البالغة من الصبيّ والمجنون) فإنه لا

قوله: (لأنه يعتقد إباحته) أقول: ونحن مأمورون بتركهم وما يدينون قوله: (قلت المعنى باعتقاد الإباحة إلخ) أقول: الأولى أن يجاب بأن الكف عنهما داخل فيما التزمه لأنا أعطينا الأمان على ذلك ولا كذلك الشرب إذ لم يلتزمه كالذمي قوله: (وقتل النفس والقذف حرام في دينهم) أقول: إن أراد مطلقاً فليس كذلك أو مقيداً فلا يفيد قوله: (لأنه لم يدخل إلا طامعاً إلخ) أقول: دليل على التزامه حقوق العباد قوله: (وحد القذف من حقوق العباد) أقول: أي في حقهم.

رحمة الله تعالى عليه لا تحد. قال: (وإذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته فلا حدّ عليه ولا عليها). وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى: يجب الحد عليها، وهو رواية عن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه (وإن زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة) وهذا بالإجماع. لهما أن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه، وهذا لأن كلاً منهما مؤاخذ بفعله. ولنا أن فعل الزنا يتحقق منه، وإنما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئاً وزانياً والمرأة موطوءة ومزنياً بها، إلا أنها سميت زانية مجازاً تسمية للمفعول باسم الفاعل

والمرأة تبع لكونها محلاً على ما سنذكره، فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في التبع، بخلاف امتناعه في التبع لا يوجب امتناعه في حق الأصل أي دليله إذا زنى البالغ العاقل بصبية أو مجنونة يحد هو دونها، وفي تمكين البالغة الصبيّ أو المجنون لا تحدّ، وتمكينها إنما يوجب الحد عليها إذا مكنت من فعل موجب له وفعل الحربي ليس موجباً فلا يكون تمكينها موجباً عليها. ولأبي حنيفة أن فعل المستأمن زنا لكونه مخاطباً بالحرمات كحرمة الكفر والزنا في حق أحكام الدنيا على ما هو المختار، بخلاف قول العراقيين إلا أنه امتنع حدّه لأن إقامته بالولاية والولاية مندفعة عنه بإعطاء الأمان إلا فيما التزمه من حقوق العباد فقد مكنت من فعل هو زنا لا قصور فيه وهو الموجب للحد عليها وصار كما لو مكنت مسلماً فهرب تحدّ هي لأن المانع خصه وتبعيتها في الفعل لا في حكمه، بخلاف تمكينها صبياً أو مجنوناً لأنهما لما لم يخاطبا لم يكن فعلهما زنا فلم تمكن من الزنا، ونظيره لو زنى مكره بمطاوعة تحد المطاوعة عند أبي حنيفة، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وعند محمد لا تحد قوله: (وإذا زنى الصبيّ أو المجنون بامرأة طاوعته فلا حدّ عليه ولا عليها. وقال زفر والشافعي: يجب الحدّ عليها وهو) أي قول زفر والشافعي (رواية عن أبي يوسف) وهو قول مالك وأحمد (وإن زنى صحيح) أي

يجب الحد عليهما لأن الامتناع في حق الأصل يستلزمه في حق التبع (ولأبي حنيفة أن فعل الحربي المستأمن زنا حقيقة لأنه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا) ولهذا لو قذفه قاذف به بعد الإسلام لم يلزمه الحد، إلا أنه لا يقام عليه الحد لوجوب تبليغه مأمنه بقوله تعالى ﴿ثم أبلغه مأمنه﴾ وإذا كان كذلك كان تمكين المرأة منه زنا لأن التمكين من فعل الزنا زنا يوجب الحد لقوله تعالى ﴿الزانية والزاني فاجلدوا﴾ فيجب الحدّ عليها لوجود المقتضى وانتفاء المانع، بخلاف الحربي لتحقق المانع وهو تبليغه مأمنه، والمراد بالحرمات ترك الامتثال بالأوامر والانتهاء عن النواهي، فإن الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفاً للعذاب عليهم قوله: (على ما هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا العراقيين فإنهم قالوا بكونهم مخاطبين بالشرائع كلها بالعبادات والحرمات والمعاملات. وقوله: (وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا) إشارة إلى قول بعض أصحابنا فإنهم قالوا الكفار غير مخاطبين بالشرائع. قال شمس الأئمة: ومشايخ ديارنا يقولون إنهم لا يخاطبون بأداء ما يحتمل السقوط من العبادات. وقوله: (بخلاف الصبيّ والمجنون) جواب عن مستشهد محمد على أن سقوط الحد من الأصل يوجب السقوط من التبع. ووجه ذلك أن هذا ليس نظير ما نحن فيه لأن الصبيّ والمجنون لا يخاطبان فلا يكون فعلهما زنا، والتمكين من غير الزنا ليس بزنا فلا يوجب الحد، والحربي مخاطب ففعله زنا، والتمكين من الزنا زنا يوجب الحد (ونظير هذا الاختلاف إذا زنى المكره بالمطاوعة تحدّ المطاوعة عنده، وعند محمد لا تحد). قال: (وإذا زنى الصبيّ أو المجنون)

قال المصنف: (ولأبي حنيفة فيه أن فعل الحربي المستأمن زنا لأنه مخاطب بالحرمات) أقول: قال الشارح: المراد بالحرمات ترك الامتثال بالأوامر والانتهاء عن النواهي، فإن الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفاً للعذاب عليهم انتهى. وفي النهاية: الكفار مخاطبون بالعبادات مِن حيث التركَ ولهذا يعاقب بترك الصلاة والزكاة، قال الله تعالى ﴿ما سلككم في سقر؟ قال لم نك من المصلين﴾ الآية وقال: فيه الحرمات تتناول المناهي نحو قوله تعالى ﴿ولا تقربوا الزنا﴾ وقوله تعالى ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ وتتناول ترك الأوامر من نحو ترك الإيمان وترك الصلوات والصوم انتهى قوله: (وقوله على ما هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا رحمهم الله) أقول: فيه بحث، إذ ليس في قول المصنف لأنه مخاطب بالحرمات ما يدل على قصر الخطاب بها حتى يصح الاحتراز بقوله على ما هو الصحيح عن قولهم يحصل بقوله على أصلنا فليتأمل.

كالراضية في معنى المرضية، أو لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو

عاقل بالغ (بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة، وهذا بالإجماع. لهما أن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه) لا يوجب سقوطه من جانبها (وهذا لأن كلاً منهما مؤاخذ بفعله) وقد فعلت ما هي به زانية لأن حقيقة زناها انقضاء شهوتها بآلته وقد وجد؛ ألا يرى أنه سبحانه وتعالى سماها زانية وهو ليس إلا بذلك ويدل على أنها زانية حقيقة كونها يحد قاذفها، فلو لم يتصور زناها لم يحد قاذفها كالمجبوب (ولنا أن فعل الزنا إنما يتحقق منه) لأن أهل اللغة أخذوا جنس تعريفه وطء الرجل فكانت خارجة (وإنما هي محل ولهذا يسمى هو) واطئاً وزانياً وهي موطوءة ومزنياً بها إلا أنها سميت زانية مجازاً تسمية للمفعول باسم الفاعل كـ ﴿عيشة راضية﴾ [الحاقة ٢١] و ﴿ماء دافق﴾ [الطارق ٦] أي مرضية ومدفوق (أو لكونها مسببة) لزنا الزاني (بالتمكين فتعلق الحد حينئذ في حقها بالتمكين) من فعل هو زناها والزنا فعل من هو منهيّ عنه آثم به (وفعل الصبيّ ليس كذلك فلا يناط به الحد) وعلى هذا لو قلنا إنها بالتمكين زانية حقيقة لغة لا يضرنا لأنها إنما تسمى زانية حقيقة بالتمكين مما هو زنا وهو منتف من الصبي والمجنون. فإن قيل: كيف يتصور أن يطلق عليها زانية حقيقة مع أنه لا شك أنه يطلق عليها مزني بها حقيقة فيلزم كون إطلاق اسم الفاعل والمفعول بالنسبة إلى فعل واحد لشخص واحد حقيقة وهو باطل؟ فالجواب بأنه إنما يبطل لو كان من جهة واحدة وهو منتف فإن تسميتها زانية باعتبار تمكينها طائعة لقضاء شهوتها من فعل هو زنا ومزنية باعتبار كونها محلاً للفعل الذي هو زنا، فلو منع وقيل بل ترتب الحد إنما هو على تمكينها من الوطء المفضي إلى اشتباه النسب وتضييع الولد وهو المعنى المحرم للزنا سواء وقع زنا أو لا. فالجواب أن تسميتها زانية حقيقة أو مجازاً كونه بالتمكين من الزنا أنسب من كونه بما ليس زنا، ولو لم يلزم جاز كونه لكل منهما فدار تمكينها الصبي والمجنون بين كونه موجباً للحد وكونه غير موجب فلا يكون موجباً لوجوب الدرء في مثله بذلك، لكن بقي أن يقال كون الزنا في اللغة هو الفعل المحرم ممن هو مخاطب ممنوع بل إدخال الرجل قدر حشفته قبل مشتهاة حالاً أو ماضياً بلا ملك وشبهة، وكونه بالغاً عاقلاً لاعتباره موجباً للحد شرعاً فقد مكنت من فعل هو زنا لغة وإن لم يجب على فاعله حد. والجواب أن هذا يوجب التفصيل بين تمكينها صبياً فلا تحد ومجنوناً فتحد لأن قولهم وطء الرجل يخص البالغ لكن لا قائل بالفصل. والذي يغلب على الظن من قوّة كلام أهل اللغة أنهم لا يسمون فعل المجنون زنا ولو احتمل ذلك والموضع موضع احتياط في الدرء لا في الإيجاب فلا تحدّ به، والله أعلم، ومما ذكرناه يندفع ما قيل لو كان تمكين المرأة صبياً أو مجنوناً يمنع الحد عنها لا ستفسر رسول الله ﷺ الغامدية حين أقرت بالزنا هل زنى بك مجنون أو صبي[1]، كما أنه استفسر ماعزاً فقال:

صورة هذه المسئلة ظاهرة، ووجه قول زفر والشافعي قياس أحد الجانبين بالآخر قالا: (العذر من جانبها) كما في صورة الإجماع (لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه) وهو في الصورة المختلف فيها لا يوجب سقوطه من جانبها، والجامع أن كلاً منهما مؤاخذ بفعله، ودليلنا ظاهر مما ذكرنا آنفاً لمحمد فلا حاجة إلى التكرار. واعترض عليه من وجهين: أحدهما أن غير المحصن إذا زنى بالمحصنة يجب الرجم عليها، وإن لم يجب على الرجل فعدم الرجم على الأصل لا يوجب عدمه على التبع فليكن نفس الحد كذلك. والثاني أن الصبي أو المجنون إذا زنى بالمطاوعة ينبغي أن يجب المهر عليه لأن الوطء لا يخلو عن أحد الموجبين: إما الحد أو المهر. وقد أورد في الذخيرة أنه لا يجب عليه المهر فيما إذا طاوعته المرأة. وأجيب عن الأول أنه لا يلزم

قوله: (واعترض عليه من وجهين أحدهما إلخ) أقول: في توجيه هذا الاعتراض على قانون المناظرة تأمل، فإن ظاهره منع المقدمة التي استدل عليها بلا تعرض لدليله وذلك لا يجوز قوله: (والثاني أن الصبي إلخ) أقول: لعل الاعتراض الثاني نقض باستلزامه خلاف ما تقرر عندهم من أن الوطء لا يخلو عن أحد الموجبين أو معارضته وعليك بالتأمل في التوجيه قوله: (لأن الوطء لا يخلو إلخ) أقول: أي في دار الإسلام.

---

(١) حديث الغامدية، وحديث ماعز تقدما.

مخاطب بالكف عنه ومؤتم على مباشرته، وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد. قال: **(ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه)** وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أوّلاً يحد، وهو قول زفر لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بعد انتشار الآلة وذلك دليل الطواعية. ثم رجع عنه فقال: لا حدّ عليه لأن سببه الملجيء قائم ظاهراً، والانتشار دليل متردد

أبك جنون حين كان جنونه يسقط عنه الحد، لأنها لما قالت زنيت فقد اعترفت بتمكين غير صبي ومجنون فلا معنى لاستفسارها عن ذلك، بخلاف ماعز فإنه استراب أمره على ما تقدم، ولذا لم يسأل الغامدية أبك جنون مع أنها مثل ماعز في سقوط الحدّ بجنونها. وأورد أنه ينبغي أن يجب العقر على الصبي والمجنون لأن الوطء في غير الملك لا يخلو عن أحدهما، أما العقر وهو مهر المثل أو الحد كما لو زنى الصبي بصبية أو مكرهة يجب عليه المهر وهنا لا يجب. أجيب بالفرق وهو أن الإيجاب عليه هنا لا فائدة فيه؛ لأنا لو أوجبنا عليه لرجع ولي الصبي على المرأة لأنها لما طاوعته صارت آمرة له بالزنا معها وقد لحق الصبي غرم بذلك الأمر وصح الأمر منها لولايتها على نفسها فلا يفيد الإيجاب، بخلاف ما لو كانت مكرهة أو صبية لا يرجع ولي الصبي على المرأة لعدم صحة أمرها لعدم ولايتها، وفي المكرهة عدم الأمر أصلاً فكان الإيجاب مفيداً. وأما إيراد أن القاعدة أن كلما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وهي منقوضة بزنا المكره بالمطاوعة والمستأمن بالذمية والمسلمة فوروده بناء على كون هذه قاعدة وهو ممنوع، بل الحكم في كل موضع بمقتضى الدليل فلا حاجة إلى الإيراد ثم تكلف الدفع قوله: **(ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان أبو حنيفة أولاً يقول يحدّ وهو قول زفر)** وهو قول أحمد **(لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بعد انتشار الآلة وهذا آية الطواعية)** فاقترن بالإكراه كا ينفيه قبل تحقق الفعل المكره عليه بحيث كان حال فعله إياه غير مكره فبطل أثر الإكراه السابق ووجب الحد، بخلاف إكراه المرأة على الزنا فإنه بالتمكين وليس مع التمكين دليل الطواعية فلا تحد إجماعاً **(ثم رجع أبو حنيفة فقال: لا يحد الرجل المكره أيضاً لأن السبب الملجيء إلى الفعل قائم ظاهراً)** وهو قيام السيف ونحوه، والانتشار لا يستلزم الطواعية بل هو محتمل له إذ يكون معه ويكون طبعاً لقوة الفحولية، وقد يكون لريح تسفل إلى الحجر حتى يوجد من النائم ولا قصد منه فلا يترك أثر اليقين وهو الإكراه إلى المحتمل **(فن أكرهه غير السلطان حد عنه أبي حنيفة)** لعدم تحقق الإكراه من غيره فكان مختاراً في الزنا، وكذا عند زفر وأحمد لأنه وإن تحقق الإكراه من غير السلطان عندهما لكن قالا الانتشار دليل الطواعية فقالا يحدّ وقال: **(أبو يوسف ومحمد لا يحد لتحقق الإكراه من غير السلطان)** والانتشار لا يستلزم الطواعية إلى آخر ما ذكرناه آنفاً. قال المشايخ: وهذا اختلاف عصر وزمان، ففي زمن أبي حنيفة

من إحصان الزاني إحصان الزانية لأن الإحصان موقوف على شرائط أخر، ويلزم من تحقيق فعل الزنا منه تحقيقه منها بسبب التمكين لأن تمكينها سبب لفعل الرجل فيقام السبب مقام المسبب في حقها. وعن الثاني بأنا لو أوجبنا المهر على الصبيّ فيما إذا طاوعته لخلا الإيجاب عن الفائدة، لأن لوليّ الصبي الرجوع عليها في الحال بمثل ذلك لأنها لما طاوعته صارت آمرة للصبي بالزنا معها وقد لحقه بذلك غرم، وصح الأمر من المرأة لأن لها ولاية على نفسها فلا يفيد الإيجاب، بخلاف ما إذا كانت مكرهة أو صبية فإن المكرهة ليست بآمرة والصبية لا يصح أمرها لعدم ولايتها على نفسها فكانت بمنزلة المكرهة، فبإيجاب المهر كان مفيداً ثمة، إذ ليس لوليّ الصبي حينئذ أن يرجع عليها بمثل ذلك. قوله: **(ومن أكرهه السلطان الخ)** ظاهر. وقوله: **(وعليه المهر في ذلك)**

قوله: **(لا يلزم من إحصان الزاني)** أقول: الأظهر أن يقول لا يلزم من عدم إحصان الزاني عدم إحصان المزنية، ويلزم من عدم تحقق الزنا من الواطىء عدم تحققه من الموطوءة لأنها تابعة له فيه كما حقق ولا تبعية في الإحصان كما لا يخفى قوله: **(وعن الثاني بأنا لو أوجبنا المهر الخ)** أقول: خلاصة الجواب تخصيص قولهم الوطء لا يخلو عن أحد الموجبين ومنع عمومه كما لا يخفى قوله: **(فلا يفيد الإيجاب)** أقول: أي إيجاب المهر قوله: **(إذ ليس لولي الصبي الخ)** أقول: وكذا الحال في المجنون والشراح كلهم قصروا حيث لم يتعرضوا لحال المجنون ببنت شفة مع أنه مذكور في السؤال أيضاً.

لأنه قد يكون غير قصد لأن الانتشار قد يكون طبعاً لا طوعاً كما في النائم فأورث شبهة، وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يحد لأن الإكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان، لأن المؤثر خوف الهلاك وأنه يتحقق من غيره. وله أن الإكراه من غيره لا يدوم إلا نادراً لتمكنه من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين، ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح، والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد، بخلاف السلطان لأنه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا **(ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة وقالت هي تزوّجني أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوّجتها فلا حدّ عليه وعليه المهر في ذلك)** لأن دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فأورث شبهة،

ليس لغير السلطان من القوّة مالا يمكن دفعه بالسلطان، وفي زمنهما ظهرت القوّة لكل متغلب فيفتي بقولهما وعليه مشى صاحب الهداية في الإكراه حيث قال: والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة على إيقاع ما توعد به قوله: **(ومن أقرّ أربع مرات الخ)** هذا على وجهين، أحدهما أن يقرّ الرجل في أربعة مجالس أنه زنى بفلانة حتى كان إقراره موجباً للحد وقالت هي بل تزوّجني أو أقرت هي كذلك بالزنا مع فلان وقال الرجل بل تزوّجتها لم يحد واحد منهما في الصورتين لأن دعوى النكاح تحتمل الصدق وبتقدير صدق مدعي النكاح منهما يكون النكاح ثابتاً فلا حد، وبتقدير كذبه لا نكاح فيجب الحد فلا يحد وعليه المهر في صورتي دعواه النكاح ودعواه الزنا، وإن كانت المرأة في صورة دعواه النكاح معترفة بأن لا مهر لها لدعواها الزنا لأنه لما حكم الشرع بسقوط الحد عنها مع ثبوت الوطء باعترافهما به وإن اختلفا في جهته كانت مكذبة شرعاً، والوطء لا يخلو عن عقر أو عقر فلزم لها المهر وإن ردّته إلا أن تبرئه منه. واعلم أن وجوب المهر هو فيما إذا كانت الدعوى قبل أن يحد المقرّ، فإن حد ثم ادعى الآخر النكاح لا مهر لأن الحد لا ينقض بعد الإقامة. ثانيهما أن يقر أربعاً كذلك أنه زنى بفلانة وقالت فلانة ما زنى بي ولا أعرفه، أو أقرت هي بالزنا أربع مرات مع فلان وقال فلان ما زنيت بها ولا أعرفها لا يحد المقر بالزنا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد: يحد المقرّ لأن الإقرار حجة في حق المقر وعدم ثبوت الزنا في حق غير المقر لا يورث شبهة العدم في حق المقرّ كما لو كانت غائبة وسماها. ولأبي حنيفة أن الحد انتفى في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه فأورث شبهة الانتفاء في حق

يعني في كلتا الصورتين: دعوى الرجل النكاح ودعواه المرأة. فإن قيل: ينبغي أن لا يجب المهر فيما إذا أقرت المرأة بالزنا لأنها

قال المصنف: **(لأن الانتشار قد يكون طبعاً لا طوعاً كما في النائم فأورث شبهة)** أقول: أي للحاكم، وهذه غير داخلة في الشبهة المنقسمة إلى القسمين، إذ المراد منها كان شبهة الوطء قوله: **(فإذا تحقق الملزوم)** أقول: يعني سقوط الحد قال المصنف: **(فيوفر على كل واحد منهما حكمه)** أقول: ذكر واحداً وضمير حكمه على تأويل الجناية بالتعدي، أو لأن الجنايتين هنا الزنا والقتل. قال العلامة الزيلعي: لا يقال: إنها لما ماتت بفعل الزنا صار الزنا قتلاً فوجب أن لا يعتبر إلا القتل، ويسقط اعتبار الزنا كقطع اليد إذا سرى ومات صار قتلاً، ويسقط اعتبار القطع حتى لا يجب إلا ضمان النفس من الدية أو القصاص. لأنا نقول: ضمان اليد بدل اليد وضمان النفس بدل النفس، واليد تابعة للنفس كسائر الأعضاء، فإن الأعضاء تهلك بهلاك النفس تبعاً ويدخل ضمانها في ضمان النفس، بخلاف الحد وضمان النفس لأنهما حقان مختلفان وجبا بسببين مختلفين الزنا والقتل، فصار كمن شرب خمر ذمي فإنه يحد ويضمن قيمة الخمر للذمي لما قلنا انتهى. وأجاب في النهاية أيضاً بأن الوطء غير موضوع لإزهاق الروح، فلما وجد في المحل الخالي عن أحد الملكين كان زنا عند وجوده، ولا ينقلب قتلاً إذا اتصل به الموت، بخلاف القطع لأنه سبب للموت لكونه جرحاً والجرح سبب للموت، فإذا اتصل به الموت صار قتلاً من الابتداء لكونه علة العلة كما في الرمي كان قتلاً من وقت الرمي إذا اتصل به زهوق الروح وإن تخللت الوسائط لكونه موضوعاً للقتل، ففعل الزنا ههنا لما لم يكن موضوعاً للقتل لم يصر قتلاً من الابتداء لعدم صلاحية الإضافة إليه وإن صار سبباً هنا باعتبار اتفاق الحال ولذلك لم يمتنع وجوب الحد باعتبار وجوب القيمة انتهى. والتعويل عندي على جواب الزيلعي قوله: **(لئلا يشترط الوجود)** أقول: حين التبين قوله: **(كما في الحيض إلخ)** أقول: قد سبق في باب اليمين في العتق والطلاق قال المصنف: **(فأورث شبهة)** أقول: أي شبهة كون منافع البضع في ملكه، وأما في محل النزاع ففي الملك أيضاً شبهة فالثابت في المنافع شبهة الشبهة ولا اعتبار له.

وإذا سقط الحد وجب المهر تعظيماً لخطر البضع (ومن زنى بجارية فقتلها فإنه يحدّ وعليه القيمة) معناه: قتلها بفعل الزنا لأنه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يحد لأن تقرر ضمان القيمة سبب

المقرّ لأن الزنا فعل واحد يتم بهما، فإن تمكنت فيه شبهة تعدت إلى طرفيه وهذا لأنه ما أقر بالزنا مطلقاً إنما أقر بالزنا بفلانة وقد درأ الشرع عن فلانة وهو عين ما أقرّ به فيندرىء عنه ضرورة، بخلاف ما لو أطلق فقال زنيت فإنه وإن احتمل كذبه لكن لا موجب شرعي يدفعه، وبخلاف ما لو كانت غائبة لأن الزنا لم ينتف في حقها بدليل يوجب النفي وهو الإنكار، حتى لو حضرت وأقرت أربعاً حدت فظهر أن الغيبة ليست معتبرة، بل الاعتبار للإنكار وعدم معرفته، فإذا أنكرت ثبتت شبهة يدرأ بها الحد عنه، وإذا لم يعلم إنكارها فلا شبهة فيحد. فإن قيل: ينبغي أن لا يجب الحد على الرجل في هذه الصورة عندهما كما في صورة دعوى النكاح لأن الحد لما سقط بإنكار وصف الفعل وهو الزنا كما في المسئلة السابقة بدعوى النكاح فإنكار أصل الفعل أولى. قلنا: خصّا تلك المسئلة بوجوب الحد على الرجل لحديث سهل بن سعد، فإنه روى «أن رجلاً أقرّ بالزنا أربعاً بامرأة فأنكرت، فحدّه رسول الله ﷺ»[1] رواه أبو داود[2]، في شرح الطحاوي، ولو لم تدع المرأة النكاح وأنكرت وادعت على الرجل القذف يحدّ حدّ القذف ولا يحد حد الزنا قوله: (ومن زنى بجارية فقتلها) أي بفعل الزنا (فإنه يحدّ وعليه قيمتها) وإنما قيد بالجارية لتكون صورة الخلاف، فإنه لو زنى بحرّة فقتلها يحدّ اتفاقاً ويجب عليه الدية. وقوله: (وعن أبي يوسف أنه لا يحدّ) ذكره بلفظ عن ليفيد أنه ليس ظاهر المذهب عنه، فإن محمداً لم يذكر فيها خلافه في الجامع الصغير، وعادته إذا كان خلافه ثابتاً ذكره، وكذا الحاكم الشهيد لم يذكر في الكافي خلافاً، وإنما نقل الفقيه أبو الليث خلافه فقال ذكر أبو يوسف في الأمالي أن هذا قول أبي حنيفة خاصة، وفي قول أبي يوسف لا حدّ عليه، وحيث نقل قوله خاصة ذكره في المنظومة في باب أبي يوسف على خلاف قول أبي حنيفة، ولا قول لمحمد فيها. وقيل الأشبه كون قول محمد مثل قول أبي حنيفة، وبه قال الشافعي وأحمد، لأنه لو قال لا قول له بأن توقف لذكره، وإنما قال أبو يوسف هذا قول أبي حنيفة خاصة لأن محمداً كان في عداد تلامذته فلم يعتبر ما قاله قولا ينقله هو، وعلى كونه الخلاف هكذا مشى المصنف حيث قال: ولهما أنه ضمان قتل. وجه قول أبي يوسف أنه لا يحد لأن تقرر ضمان القيمة على الزاني بسبب أن قتله سبب لملك الأمة، وإذا ملكها قبل إقامة الحد سقط الحد، كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع حيث يسقط، بخلاف الحرّة لأنها لا تملك بالضمان، وعلى هذا قال فيما لو

تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر وهي منكرة للنكاح؟ أجيب بأن النكاح يقوم بالطرفين والزوج يدعي النكاح فبدعواه النكاح انتفى الحد عنه في هذا الوطء لأنه في دعواه إما أن يكون مصدقاً أو مكذباً، فإن كان الأول أثبت النكاح حقيقة، وإن كان الثاني فاحتمال الصدق قائم لا محالة، والاحتمال في باب الحدود ملحق باليقين احتيالاً للدرء فيسقط الحد، وسقوطه يستلزم وجوب المهر لأن الوطء لا يخلو عن غرامة أو عقوبة، فإذا تحقق الملزوم بدون اختيارها تحقق اللازم كذلك فيثبت لها المهر وإن ردته. قوله: (ومن زنى بجارية فقتلها فإنه يحد وعليه القيمة) إنما وضع المسئلة في الجارية وإن كان هذا الحكم وهو وجوب الحدّ مع الضمان لا يتفاوت بين الحرة والجارية، فإنه لو فعل ذلك مع الحرة وجب عليه الحد والدية على العاقلة لما أن شبهة عدم وجوب الحد عند أداء الضمان إنما ترد في حق الجارية لا في الحرة، لأن الأمة تصلح أن تكون ملكاً للزاني عند أداء الضمان بشبهة أن لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد، كما إذا زنى بها فأذهب عينها وهو وجه قول أبي يوسف في هذه المسئلة.

---

(١) حسن. أخرج أبو داود ٤٤٦٦ من حديث سهل ابن سعد.
قال المنذري في مختصره ٤٣٠١: فيه عبد السلام بن حفص المدني وثقه يحيى، وقال أبو حاتم: ليس بمعروف.
واختار ابن حجر في التقريب قول يحيى حيث ذكره فحسب. ويشهد للحديث حديث العسيف وفيه: «واغدُ يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت، فارجمها..» الحديث وهو صحيح، فالظاهر أن المقر ههنا بكراً غير متزوج.
(٢) العبارة غير واضحة. فلعل ما اختاره الصاحبان، وتمسكهم بحديث أبي داود هذا. هو في شرح الطحاوي.

لملك الأمة فصار كما إذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الاختلاف، واعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه، كما إذا ملك المسروق قبل القطع. ولهما أنه ضمان قتل فلا يوجب الملك لأنه ضمان دم، ولو كان يوجبه فإنما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لأنها استوفيت والملك يثبت مستنداً فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة، وهذا بخلاف ما إذا زنى بها فأذهب عينها حيث تجب عليه قيمتها، ويسقط الحد لأن الملك

زنى بها ثم قتلها أو ملكها بالفداء بأن زنى بجارية جنت عليه فدفعت إليه بالجناية أو بالشراء أو النكاح أنه لا يحدّ في ذلك كله. وعند أبي حنيفة يحدِ في الكل. وقال أبو يوسف: بالدفع يثبت الملك مستنداً، وكذا إذا ملكها بالشراء أو النكاح لأن اعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يسقط الحد على ما ذكرنا. ولأبي حنيفة أنه زنى وجنى فيؤاخذ بموجب كل من الفعلين، ولا منافاة فيجمع بين الحدّ والضمان، وكون الضمان يمنع الحد لاستلزامه الملك ممنوع لأن هذا ضمان دم حتى وجب في ثلاث سنين على العاقلة ولا تجب بالغة ما بلغت، وهو لا يوجب ملكاً لأن محل الملك المال والدم ليس بمال، ثم تنزل فقال ما حاصله: إنه لو فرض أن الضمان يوجب الملك لكان يوجبه في العين القائمة لأنه يثبت بطريق الاستناد، والاستناد إنما يظهر في القائم دون الفائت، ومنافع البضع التي استوفيت فائتة وليس محلها وهو العين قائماً ليثبت شبهة قيام المنافع فتثبت شبهة ملكها فلم يظهر الملك فيها ولا شبهته فلم يكن كالمسروق. ولم يفد الملك المسبب عن الضمان ملك تلك المنافع ليسقط الحد، بخلاف السرقة فإن شرط إقامة حد السرقة الخصومة وبالهبة انقطعت، بخلاف حد الزنا فبطل القياس، ومآل هذا التقرير إلى أن الثابت بهذ الضمان شبهة شبهة ملك تلك المنافع، لأن الثابت شبهة ملك العين لا حقيقته، وبحقيقته تثبت شبهة ملك المنافع، فإذا كان الثابت شبهة ملك العين فهو شبهة شبهة ملك المنافع وشبهة الشبهة غير معتبرة. وحاصل التقرير أن أبا يوسف أثبت شبهة ملك المنافع المستوفاة ونحن نفيناه، وليس أحد يثبت بالضمان حقيقة ملك المنافع. وعلى الوجه الذي قررناه بقليل تأمل يظهر ما في تقرير المصنف للتنزل من التساهل. وبالوجه الذي قررناه يتضح حسن اتصال قوله: (**بخلاف ما إذا زنى بها فأذهب عينها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط به الحد لأن الملك ثمة يثبت في الجثة العمياء وهي عين فأورث شبهة**) أي في ملك المنافع تبعاً فيندرىء عنها الحد، أما ههنا فالعين فائتة بالقتل فلا تملك بعد الموت، ولا يقال: هذا التمليك بطريق الاستناد فلا يضره انتفاء المملوك. لأنا نقول: المستند يثبت أولاً ثم يستند، فاستدعى ثبوت المحل حال الأولية وهو منتف. وثمرته أن الثابت في المنافع شبهة الشبهة على ما ذكرنا. فإن قيل: ينبغي أن لا يجب الحد ولو تم ملك المقتول لأن بعض القيمة لا بد أن يصير بإزاء منافع البضع التي يجب الحد لأجلها فيجب أن لا يحد، وإلا وجب ضمانان بإزاء

وقوله: (**وهو على هذا الاختلاف**) أي شراء الجارية بعد الزنا بها قبل إقامة الحد على هذا الاختلاف عند أبي حنيفة ومحمد يحد خلافاً لأبي يوسف فكان رد المختلف إلى المختلف، لكن الخلاف في المشتراة بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية، بخلاف ما نحن فيه (**ولهما أن هذا الضمان ضمان قتل وضمان القتل لا يوجب الملك لأنه ضمان دم**) والدم بما لا يملك. ويمكن أن يقرر هكذا لأنه ضمان دم، وضمان الدم يجب بعد الموت والموت ليس بمحل للملك. وقوله: (**ولو كان يوجبه**) يعني سلمنا أن ضمان القتل يوجب الملك لكن إنما يوجبه في العين كما ذكرتم في هيئة المسروق لا في منافع البضع لأنها استوفيت وتلاشت فلم تكن قابلة للملك حالة الضمان ولا مستندة لأن المستند لا يظهر في حق المعدوم والمنافع المستوفاة معدومة. قيل فليكن الملك ثابتاً بطريق التبين لئلا يشترط الوجود كما في الحيض درءاً في باب الحدود. وأجيب بأن التبين إنما يكون في حكم مغيا بغاية ينتظر الوصول إليها، فإن وصل حكم بثبوته وإلا فلا كما في الحيض، وليس ما نحن فيه كذلك. قوله: (**وهذا بخلاف ما إذا زنى بها**) جواب لصورة يمكن أن يستشهد بها أبو يوسف كما قدمناه. وتقريره أن الزاني بالضمان يملك الجثة العمياء لكونها قابلة للملك إذ هي موجودة فتورث الشبهة، وهذا الجواب إنما يستقيم على أصل الجواب دون التنزل. ولقائل أن يقول: الملك يثبت في الجثة العمياء مستنداً فلا يظهر في المستوفى: أعني المنافع لكونها معدومة، وأما إذا نظرت إلى أصل الجواب وهو قوله إنه ضمان قتل

هنالك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فأورث شبهة. قال: **(وكل شيء صنعه الإمام الذي ليس فوقه إمام فلا حد عليه إلا القصاص فإنه يؤخذ به وبالأموال)** لأن الحدود حق الله تعالى وإقامتها إليه لا إلى غيره ولا يمكنه أن يقيم على نفسه لأنه لا يفيد، بخلاف حقوق العباد لأنه يستوفيه ولي الحق إما بتمكينه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والأموال منها. وأما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى، والله تعالى أعلم بالصواب.

مضمون واحد. أجيب بأنه لما لم يوضع الفعل للقتل كان أوّله كجراحة اندملت ثم حدث القتل فكان الضمان كله بإزائه. وفي الفوائد الظهيرية: لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعاً خلافاً للشافعي. أما لو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد. وفي جامع قاضيخان: لو زنى بحرّة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق قوله: **(وكل شيء فعله الإمام الذي ليس فوقه إمام)** مما يجب به الحد كالزنا والشرب والقذف والسرقة **(لا يؤخذا به إلا القصاص والمال)** فإنه إذا قتل إنساناً أو أتلف مال إنسان يؤاخذ به، لأن الحد حق الله تعالى وهو المكلف بإقامته وتعذر إقامته على نفسه لأن إقامته بطريق الخزي والنكال، ولا يفعل أحد ذلك بنفسه ولا ولاية لأحد عليه ليستوفيه. وفائدة الإيجاب الاستيفاء. فإذا تعذر لم يجب، بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان المتلفات لأن حق استيفائها لمن له الحق فيكون الإمام فيه كغيره، وإن احتاج إلى المنعة فالمسلمون منعته فيقدر بهم على الاستيفاء فكان الوجوب مقيداً، والمغلب في حد القذف حق الشرع فكان كبقية الحدود، وبهذا يعلم أنه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي والقضاء لتمكين الولي من استيفائه لا أنه شرط. وأورد عليه ما المانع من أن يولي غيره الحكم فيه بما يثبت عنده كما في الأموال، غير أنه إذا صحت هذه الاستنابة فوجب عليه حق للعبد استوفاه العبد، أو حق لله استوفاه ذلك النائب. وقيل لا مخلص إلا إن ادعى أن قوله تعالى **﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما﴾** [النور ٢] يفهم أن المخاطب فيه بالجلد الإمام أن يجلد غيره، والله أعلم. وقد يقال أين دليل إيجاب الاستنابة، والله سبحانه أعلم.

فلا يوجب الملك لأنه ضمان دم وهو ليس بعين تملك فإنه صحيح. ويجوز أن يقال بالنظر إلى التنزل أيضاً بأن الملك وإن كان ثابتاً فيه أيضاً لكن فيه شبهة العدم فتكون في المنافع شبهة الشبهة وهي غير معتبرة، **(ولا كذلك في الجثة)** العمياء لثبوت الملك فيها حقيقة فيكون في المنافع الشبهة وهي معتبرة، لكن ليس في كلام المصنف ما يشير إلى هذا أصلاً **(وكل شيء صنعه الإمام الذي ليس فوقه إمام)** وفسره أبو الليث بالخليفة **(فلا حدّ عليه إلا القصاص، فإنه يؤخذ به وبالأموال لأن الحدود حق الله تعالى وإقامتها إليه لا إلى غيره)** قال ﷺ «أربع إلى الولاة» وعدّ منها إقامة الحدود، وكلامه واضح. وأما حد القذف فالمغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى. ولقائل أن يقول: لو كان المغلب فيه حق الشرع لوجب أن لا يحد المستأمن إذا قذف كما لو زنى، وقد تقدم أنه يحد لأنه حق العبد. والجواب أن حد القذف يشتمل على الحقين لا محالة فيعمل بكل منهما بحسب مايليق به، وما يليق بالحربي أن يكون حق العبد لإمكان الاستيفاء، وما يليق بالإمام أن يكون حق الله تعالى لأنه ليس فوقه إمام يستوفيه منه، والله أعلم.

قوله: **(وأما حد القذف فالمغلب فيه إلخ)** أقول: وسيجيء في باب حد القذف.

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

(وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة)

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قدّم أن الحد يثبت بالبينة والإقرار، وقدّم كيفية الثبوت بالإقرار لأن وجود ما ثبت منه بالبينة بالنسبة إلى ما ثبت بالإقرار أندر نادر لضيق شروطه المقتضى لإعدامه، وهو أن يرى ذكر الرجل في فرجها كالميل في المكحلة. وأيضاً لم يثبت قط الزنا عند رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعليّ بالبينة، فإنهم كلهم لم يحدّوا إلا بالإقرار، فقدّم ما يكثر وجوده، وما كان الثبوت به عنده عليه الصلاة والسلام وعند الصحابة رضي الله عنهم قوله: **(وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة)** فقوله متقادم إسناده في الحقيقة إلى ضمير السبب: أي متقادم سببه وهو الزنا مثلاً وهو المشهود به. وقوله شهدوا بحد تساهل فإنهم إنما يشهدون بسبب الحد، والتقادم صفة له في الحقيقة. وقوله لم يمنعهم الخ جملة في محل جر لأنها صفة للنكرة وهي حد. والفاعل بعدهم، ولا شك أنه لا يتعين البعد عذراً بل يجب أن يكون كل من نحو مرض أو خوف طريق ولو من بعد يومين ونحوه من الأعذار التي يظهر أنها مانعة من المسارعة. ثم ذكر عبارة الجامع الصغير لاشتمالها على زيادات مفيدة، وهي قوله: **(وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة)** ثم قال: فإن أقرّ هو بعد حين بذلك أخذ به إلا الشرب فإنه لا يؤخذ بذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يؤخذ به كما يؤخذ بالسرقة والزنا، ولا يخفي ما اشتمل عليه من الزيادات. قال المصنف وغيره. والأصل فيه أن الحدود الخالصة حقاً لله تعالى تبطل بالتقادم خلافاً للشافعي. وفي العبارة تساهل مشهور، فإن الذي يبطل بالتقادم الشهادة بأسبابها ثم لا يجب الحد على الإمام من الأصل لعدم الموجب. والحاصل أن في الشهادة بالحدود القديمة والإقرار بها أربعة مذاهب: الأول ردّ الشهادة بها وقبول الإقرار بما سوى الشرب وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف. الثاني ردها وقبول الإقرار حتى بالشرب القديم كالزنا والسرقة وهو قول محمد بن الحسن. الثالث قبولهما وهو قول الشافعي ومالك وأحمد. الرابع ردهما، نقل عن ابن أبي ليلى ولم يقل أحد بقلب قول محمد، واستدل للشافعي والآخرين بإلحاقه بالإقرار لأنهما حجتان شرعيتان يثبت بكل

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قد ذكرنا أن ثبوت الزنا عند الإمام إنما يكون بأحد شيئين لا غير، وهما الشهادة والإقرار، وأخر الشهادة ها هنا عن الإقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندرته حتى لم ينقل عن السلف ثبوت الزنا عند الإمام بالشهادة، إذ رؤية أربعة رجال عدول على الوصف المذكور كالميل في المكحلة كما في الكلاب في غاية الندرة. قال: **(وإذا شهد الشهود بحد متقادم ولم يكونوا بعيدين عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة)** وأعاد لفظ الجامع الصغير لاشتماله على زيادة إيضاح وهي تعديد ما يوجب الحد صريحاً من السرقة وشرب الخمر والزنا، وزيادة الحين الذي استفاد منه بعض المشايخ قدر ستة أشهر في التقادم، وزيادة إثبات الضمان في السرقة، ثم كما لا يحدّ المشهود عليه لا تحد الشهود أيضاً حد القذف في الشهادة بالزنا لأن عددهم متكامل والأهلية

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قوله: **(قد ذكرنا أن ثبوت الزنا)** أقول: في أوائل كتاب الحدود قوله: **(وأخر الشهادة ههنا)** أقول: أي فيما يتعلق بالرجوع وإلا ففي أول كتاب الحدود بين الشهادة أولاً ثم الإقرار والرجوع عنه. وأيضاً الإقرار فعل الواحد والشهادة فعل المتعدد والواحد قبل المتعدد، وأيضاً المباحث المتعلقة بالرجوع عن الشهادة كثيرة، بخلاف الإقرار.

وفي الجامع الصغير: (وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة) والأصل

منهما الحد، فكما لا يبطل الإقرار بالتقادم كذا الشهادة وبحقوق العباد. ولنا وهو الفرق أن الشهادة بعد التقادم شهادة متهم وشهادة المتهم مردودة. أما الكبرى فلقوله عليه الصلاة والسلام «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»[1] أي متهم. وذكر محمد عن عمر رضي الله عنه في الأصل أنه قال «أيما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم». وأما الصغرى فلأن الشاهد بسبب الحد مأمور بأحد أمرين: الستر احتساباً لقوله عليه الصلاة والسلام «من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة»[2] مع ما قدمنا من الحديث في ذلك، أو الشهادة به احتساباً لمقصد إخلاء العالم عن الفساد للانزجار بالحد، فأحد الأمرين واجب مخير على الفور كخصال الكفارة، لأن كلاً من الستر وإخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيه طلبه على التراخي، فإذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه بأحد الأمرين: إما الفسق، وإما تهمة العداوة لأنه إن حمل على أنه من الأصل اختار الأداء وعدم الستر ثم أخره لزم الأول، أو على أنه اختار الستر ثم شهد لزم الثاني، وذلك أنه سقط عنه الواجب باختيار أحدهما، فانصرافه بعد ذلك إلى الشهادة موضع ظن أنه حرّكه حدوث عداوة، بخلاف الإقرار بالزنا والسرقة لا يتحقق فيه أحد الأمرين من الفسق وهو ظاهر ولا التهمة، إذ الإنسان لا يعادي نفسه فلا يبطل بالتقادم إذ لم يوجب تحقق تهمة، وبخلاف حقوق العباد لأن الدعوى شرط فيها فتأخير الشاهد لتأخير الدعوى لا يلزم منه فسق ولا تهمة، وفي القذف حق العبد فتوقف على الدعوى كغيره فلم يبطل بالتقادم. فإن قيل: لو كان اشتراط الدعوى مانعاً من الرد بالتقادم لزم في السرقة أن لا ترد الشهادة بها عند التقادم لاشتراط الدعوى فيها لكنها ترد. أجاب أوّلاً بما حاصله أن السرقة فيها أمران الحد والمال، فما يرجع إلى الحد لا تشترط فيه الدعوى لأنه خالص حق الله تعالى وباعتبار المال تشترط، والشهادة بالسرقة لا تخلص لأحدهما بل لا تنفك عن الأمرين، فاشترطت الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد، ولذا يثبت المال بها بعد التقادم لأنه لا يبطل به ولا نقطعه لأن الحد يبطل به، ويدل على تحقق الأمرين فيها أنه إذا شهدوا بها على إنسان والمدعي غائب وهو صاحب المال يحبس المشهود عليه حتى يحضر المدعي لما فيه من حق الله تعالى، وفي القذف لا يحبس المشهود عليه به حتى يحضر المدعي كما في حقوق العباد الخالصة، وإنما لا يقطع قبل حضوره لاحتمال أن يكون سرق ملكه الذي كان عنده أو ملكه إياه، فلا بد من تضمن الشهادة بالسرقة الشهادة بملك المسروق منه والشهادة بالملك لإنسان يتوقف قبولها على حضور المشهود له بالملك ودعواه، فإذا أخر رددناه في حق الحد لا المال بل ألزمناه المال، بخلاف ما إذا قال زنيت بفلانة أو قلبه وهي غائبة لا يدرى جوابها يحد، ولا يستأنى بالحد لأن الثابت هناك شبهة ولا تعتبر، وفي السرقة لا تثبت أصلاً إلا بثبوت المال، ولا يثبت المال بالشهادة إلا بالدعوى، وإنما يحبس للتهمة كما تقدم، ولأن الثابت في غيبة المسروق منه الشبهة لأن الثابت احتمال أن يقول هو ملكه، وقوله هو ملكه ليس شبهة بل حقيقة المبرىء، بخلاف

للشهادة موجودة وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفاً وكلامه واضح. ومعنى قوله مخير بين حسبتين أجرين مطلوبين له يقال

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٦٠٠ وأحمد ٢/ ٢٠٤. ٢٢٥. ٢٢٦ والدارقطني ٤/ ٢٤٣. ٢٤٤ والبيهقي ١٠/ ٢٠٠ كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً: «لا تجوز شهادة خائن، ولا خائنة، ولا زانٍ، ولا زانية، ولا ذي غمرٍ على أخيه» اهـ والغمر: الحقد.
وفي إسناده سليمان بن موسى غير قوي. لكن توبع على عمرو بن شعيب تابعه حجاج بن أرطاة أخرج ابن ماجه ٢٣٦٦ وأحمد ٢/ ٢٠٨ والبيهقي ١٠/ ٢٠٠ لذا قال ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ١٩٨. ١٩٩ ما ملخصه: حديث عمرو بن شعيب سنده قوي. وورد من حديث عائشة، وفيه يزيد بن زياد الشامي ضعيف. لذا قال الترمذي: لا يصح عندنا إسناده. وقال أبو زرعة في العلل: منكر. وضعفه عبد الحق، وابن حزم، وابن الجوزي. وقال البيهقي: لا يصح في هذا الباب شيء مرفوعاً اهـ وحديث عائشة الذي ذكره ابن حجر. أخرجه الترمذي ٢٢٩٨ والدارقطني ٤/ ٢٤٤ والبيهقي ١٠/ ١٥٥ كلهم من حديث عائشة، وأعله الترمذي بزيد الشامي، وتقدم أن حديث عمرو بن شعيب إسناده حسن، فهذا يعضده، ويشهد له والله أعلم.

(٢) تقدم في أول الحدود.

فيه أن الحدود الخالصة حقاً لله تعالى تبطل بالتقادم خلافاً للشافعي رحمه الله، هو يعتبرها بحقوق العباد وبالإقرار الذي هو إحدى الحجتين. ولنا أن الشاهد مخير بين حسبتين أداء الشهادة والستر، فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حرّكته فيتهم فيها وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقاً آثماً فتيقنا بالمانع، بخلاف الإقرار لأن الإنسان لا يعادي نفسه، فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار فيكون التقادم فيه مانعاً، وحدّ القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه، ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار، والتقادم غير مانع في حقوق العباد، ولأن الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم، بخلاف حد السرقة لأن الدعوى ليست بشرط للحد لأنه خالص حق الله تعالى على ما مر، وإنما

دعواها النكاح مثلاً لو حضرت لأنه نفس الشبهة فاحتماله شبهة الشبهة والله أعلم. وأجاب ثانياً بأن بطلان الشهادة بالتقادم لما كان للتهمة في حقوق الله سبحانه، فأقيم التقادم في حقوق الله مقامها فلا ينظر بعد ذلك إلى وجود التهمة وعدمها، كالرخصة لما كانت للمشقة وهي غير منضبطة أدير على السفر فلم يلاحظ بعد ذلك وجودها ولا عدمها فترد بالتقادم. ولا يخفى أن رد الشهادة بالتقادم ليس إلا للتهمة، ومحل التهمة ظاهر يدركه كل أحد فلا يحتاج إلى إناطته بمجرد كونه حقاً لله تعالى، ولا يصح تشبيهه بالمشقة مع السفر لأن المشقة أمر خفيّ غير منضبط فلا تمكن الإناطة به فنيط بما هو منضبط، فالعدول للحاجة للانضباط ولا حاجة فيما نحن فيه. فإن قلت: فظاهر انتفاء التهمة مع رد الشهادة في حق الحد فيما لو علم المدعي بالسرقة فلم يدع إلا بعد حين فشهدوا فإنه لا تهمة بتأخيرهم، ومع هذا لا يقطع بل يضمن المال. فالجواب أن ما كان فيه تهمة فالرد يضاف إليها، وما لم يكن فإلى المدعي على ما قال قاضيخان إنما لا تقبل في السرقة بعد التقادم لا لتهمة في الشهود لأن الدعوى شرط القبول بل لخلل في الدعوى، فإن صاحب المال كان مخيراً في الابتداء، فإذا أخر فقد اختار الستر فلم يبق له حق دعوى السرقة والحد بل بقي له حق دعوى المال فقط فيقضى بالمال دون القطع؛ كما لو شهد رجل وامرأتان على السرقة يقضي بالمال دون القطع اهـ. فيجعل هذا الاعتبار فيما إذا كان تأخير الشهود لتأخير الدعوى بعد علم صاحب المال بالسرقة، أما لو أخروا لا لتأخير المسروق منه الدعوى بعد علمه وعلمهم بعلمه بإعلامهم أو بغيره ثم شهدوا فالوجه الأخير وهو قوله: **(ولأن السرقة تقام على الاستسرار على غرّة من المالك فيجب على الشاهد إعلامه، وبالكتمان يصير فاسقاً آثماً)** يقتضي أن تردّ في حق المال أيضاً للفسق، ولكن ما ذكر من أنهم إذا شهدوا بعد التقادم تثبت التهمة المانعة عن قبول الشهادة فلا تقبل في حق الحد، لكن السارق

احتسبت بكذا أجراً، والاسم الحسبة بكسر الحاء وهي الأجر والجمع الحسب. وقوله: **(بخلاف حد السرقة)** جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة كما في حدود العباد، ومع ذلك لو شهد الشهود بسرقة متقادمة لم تقبل، فعلم بهذا أن قبول الشهادة في حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى. ووجهه لا نسلم أن الدعوى شرط للحد لأنه خالص حق الله تعالى على ما مر، والدعوى ليست بشرط فيه وإنما هي شرط للمال وهو حق العبد. وقوله: **(ولأن الحكم يدار)** جواب آخر. وتقريره أن المعنى المبطل للشهادة في التقادم في الحدود الخالصة حقا لله تعالى هو تهمة الضغينة والعداوة، وذلك أمر باطن لا يطلع عليه فيدار

قال المصنف: **(والأصل فيه أن الحدود الخالصة، إلى قوله: هو يعتبرها بحقوق العباد والإقرار إلخ)** أقول: أي بشهادتها، فالمضاف مقدر بقرينة هو يعتبرها بالإقرار قال المصنف: **(وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقاً)** أقول: فيه بحث، فإن وجوب أداء الشهادة في الحدود قد انتسخ فكيف يصير بالتأخير فاسقاً. وفي الكافي وشرح الزيلعي أيضاً: وإن كان لا للستر صاروا آثمين فاسقين بالتأخير لأن أداء الشهادة من الواجبات وتأخيرها فسق، ولهذا لو أخر الشهادة في حقوق العباد بعد طلب المدعي بلا عذر لا تقبل شهادته اهـ. ولا يخفى عليك أن أداء الشهادة ليس بواجب هنا كما يدل عليه قولهم مخير بين حسبتين، وما ذكروا في كتاب الشهادة من كون الوجوب في حق الحدود منسوخاً، بخلاف حقوق العباد فإنه واجب فيه فظهر الفرق فتأمل في جوابه، فإنه يمكن أن يقال بعد اختيار الأداء يصير واجباً كما في النوافل تجب بالشروع قوله: **(جواب عما يقال الدعوى شرط إلخ)** أقول: والأوجه أن يوجه السؤال بأنه لو صح ما ذكرتم لزم أن تسمع الشهادة بالسرقة المتقادمة.

شرطت للمال، ولأن الحكم يدار على كون الحد حقاً لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد، ولأن السرقة تقام على الاستسرار على غرّة من المالك فيجب على الشاهد إعلامه فبالكتمان يصير فاسقاً آثماً، ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء عندنا خلافاً لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لأن الإمضاء من القضاء في باب الحدود. واختلفوا في حد التقادم، وأشار في الجامع الصغير إلى ستة أشهر، فإنه قال بعد حين، وهكذا أشار الطحاوي، وأبو حنيفة لم يقدّر في ذلك وفوّضه إلى رأي القاضي في كل عصر. وعن محمد أنه قدّره بشهر لأن ما دونه عاجل. وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو الأصح. وهذا إذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر. أما إذا كان تقبل شهادتهم لأن المانع بعدهم عن الإمام فلا تتحقق التهمة. والتقادم في حدّ الشرب كذلك عند محمد، وعندهما يقدّر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه إن شاء الله

يضمن السرقة لأن وجوب المال لا يبطل بالتقادم بإطلاقه يقتضي فيما إذا لم يكن التأخير لعدم تأخير الدعوى بعد علمه فهو مشكل على الوجه المذكور قوله: (ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء عندنا خلافاً لزفر، حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحدّ ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه) وقول زفر هو قول الأئمة الثلاثة، لأن التأخير بعذر هربه وقد زال العذر (ولنا أن الإمضاء) أي الاستيفاء (من القضاء) بحقوق الله تعالى، بخلاف حقوق غيره، وهذا لأن الثابت في نفس الأمر استنابته تعالى الحاكم في استيفاء حقه إذا ثبت عنده بلا شبهة فكان الاستيفاء من تتمة القضاء. أو هو هو هنا إذ لم يحتج إلى التلفظ بلفظ القضاء حتى جاز له الاستيفاء من غير تلفظ به، بخلافه في حقوق غيره فإنه فيها لإعلام من له الحق بحقية حقه وتمكينه من استيفائه والله سبحانه مستغن عنهما فإنما هو في حقوقه تعالى استيفاؤها، وإذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطاً حال الاستيفاء، كما هو شرط حال القضاء بحق غيره إجماعاً، وبالتقادم لم تبق الشهادة فلا يصح هذا القضاء الذي هو الاستيفاء فانتفى، وهذا ردّ المختلف إلى المختلف، فإن كون قيام الشهادة وقت القضاء شرطاً صحيح لكن الكلام في معنى قيامها، فعندهم ما لم يطرأ ما ينقصها من الرجوع هي قائمة حتى لو شهدوا ثم غابوا أو ماتوا جاز الحكم بشهادتهم، وعندنا قيامها بقيامهم على الأهلية والحضور. ثم قد يقال لو سلم ترجح هذا لكن التقادم إنما يبطل في ابتداء الأداء للتهمة وقد وجدت الشهادة بلا تقادم

الحكم على كون الحد حقاً لله تعالى سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد أو لا، كما أدير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة في كل فرد من أفراده. وقوله: (ولأن السرقة) جواب آخر. ووجهه أن السرقة (تقام على الاستسرار) لأنها توجد في ظلم الليالي غالباً (على غفلة من المالك) فلا يكون المسروق منه عارفاً بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد (فيجب على الشاهد إعلامه) فإذا كتمه صار آثماً. وقوله: (ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة) ظاهر. وقوله: (لأن الإمضاء) أي الاستيفاء (من القضاء) لأن المقصود من القضاء في حقوق العباد إما إعلام من له القضاء أو التمكين لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء، وهذان المعنيان يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه إلى الاستيفاء، وأما الله تبارك وتعالى في حقوقه فمستغن عن هذين المعنيين، فكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى في الاستيفاء، فلذلك كان الاستيفاء من تتمة القضاء في حقوق الله تعالى ﴿واختلفوا في حد التقادم، وأشار في الجامع الصغير إلى ستة أشهر فإنه قال بعد حين) كما ذكرنا (وهكذا أشار الطحاوي، وأبو حنيفة لم يقدر في ذلك) نقل الناطفي في الأجناس عن نوادر المعلى. قال أبو يوسف: جهدنا على أبي حنيفة أن يوقت في ذلك شيئاً فأبى، وفوّضه

قوله: (فلذلك كان الاستيفاء من تتمة القضاء في حقوق الله تعالى) أقول: وذكر في الفوائد الظهيرية: والفقه فيه أن المقصود من التلفظ بلفظ القضاء إعلام المشهود له أنه حقيق بالمشهود به أو إقداره على استيفاء ما ادعاه، وفي الحدود لا سبيل إلى كل واحد منهما، أما الإعلام فلأن المشهود له في باب الحدود هو الله تعالى، قال الله تعالى ﴿وأقيموا الشهادة لله﴾ والله لا تخفى عليه خافية ونائبه القاضي، وأنه يستفيد العلم بالشهادة ولا تمس الحاجة إلى التلفظ بلفظ الشهادة، وكذلك الإقدار على الاستيفاء فإن القاضي بدون التلفظ به قادر على الاستيفاء، كذا في نسخ النهاية. وأما في معراج الدراية ولا تمس الحاجة إلى التلفظ بلفظ القضاء اهـ. وهو المناسب للسباق والسياق كما لا يخفى.

تعالى (وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فإنه يحدّ، وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع) والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا، وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم (وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحدّ) لاحتمال أنها امرأته أو أمته بل هو الظاهر (وإن أقرّ بذلك حدّ) لأنه لا

ووقعت صحيحة موجبة فاتفاق تقادم السبب بلا توان منهما لا يبطل الواقع صحيحاً. ولو قلنا إن ردها أنيط بالتقادم فلم يلتفت إلى التهمة بعد ذلك يجب كونه أنيط بتقادم عن توان من الشاهدين وإلا فممنوع، ونذكر فيما يلي هذه القولة ما فيه زيادة إن شاء الله تعالى قوله: (واختلفوا في حد التقادم، وأشار محمد في الجامع الصغير إلى أنه ستة أشهر حيث قال شهدوا بعد حين) وقد جعلوه عند عدم النية ستة أشهر على ما تقدم في الأيمان إذا حلف لا يكلمه حيناً، وأبو حنيفة لم يقدره. قال أبو يوسف: جهدنا بأبي حنيفة أن يقدره لنا فلم يفعل وفوضه إلى رأي القاضي في كل عصر، فما يراه بعد مجانبة الهوى تفريطاً تقادم، وما لا يعد تفريطاً غير تقادم، وأحوال الشهود والناس والعرف تختلف في ذلك، فإنما يوقف عليه بنظر نظر في كل واقعة فيها تأخير فنصب المقادير بالرأي متعذر (وعن محمد أنه قدره بشهر لأن ما دونه عاجل) على ما في مسئلة الحلف ليقضين دينه عاجلاً فقضاه فيما دون الشهر لا يحنث وبعده يحنث (وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو الأصح) ومأخذ هذه الرواية مما في المجرد. قال أبو حنيفة: لو سأل القاضي الشهود متى زنى بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد. وإن قالوا شهر أو أكثر دريء عنه. قال أبو العباس الناطفي: فقدّره على هذه الرواية بشهر وهو قول أبي يوسف ومحمد (وهذا) أعني كون الشهر فصاعداً يمنع قبولها (وإذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهر، أما إذا كان تقبل شهادتهم) بعد الشهر (لأن المانع بعدهم عن الإمام فلا تحقق التهمة) فقد نظر في هذا التقادم إلى تحقق التهمة فيه وعدمه، وهو يخالف ما ذكره من قريب أنه بعد ما أنيط بالتقادم لا يراعي وجود التهمة في كل فرد، إلا أن يقال: إذا كان المانع البعد أو المرض ونحوه من الموانع الحسية والمعنوية حتى تقادم لم يكن ذلك التقادم المناط به بل هو ما لم يكن معه الموانع من الشهادة. ويجاب بأن هذا رجوع في المعنى إلى اعتبار التقادم المناط به ما يلزمه أحد الأمرين من الفسق والتهمة، ثم هذا التقادم المقدر بشهر بالاتفاق في غير شرب الخمر، أما فيه فكذلك عند محمد (وعندهما يقدر بزوال الرائحة) فلو شهدوا عليه بالشرب بعدها لم تقبل عندهما، وستأتي هذه المسئلة إن شاء الله تعالى قوله: (وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وهي غائبة فإنه يحدّ) أجمع الأئمة الأربعة عليه، وكذا لو أقرّ بالزنا بغائبة يحدّ الرجل بإجماعهم لحديث ماعز فإنه أقرّ بغائبة على ما تقدم ذكره ورحمه عليه الصلاة والسلام. ونقل أبو الليث عن أبي حنيفة أنه كان يقول أوّلاً: لا يحدّ حتى تحضر المرأة لاحتمال أن تحضر فتدّعي ما يسقط الحدّ من نكاح

إلى رأي القاضي في كل عصر (وعن محمد أنه قدره بشهر لأن ما دونه عاجل وهو رواية عن أبي حنيفة) ذكر في المجرد. قال أبو حنيفة: لو سأل القاضي متى زنى بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد، وإن قالوا شهر أو أكثر دريء الحد. قال الناطفي: فقد قدره على هذه الرواية بشهر وهو قول أبي يوسف ومحمد أصله مسئلة اليمين حلف ليقضين دين فلان عاجلاً فقضاه فيما دون الشهر برّ في يمينه. وقوله: (وهو الأصح) يعني تقدير التقادم بشهر. وقوله: (وهذا) أي الذي قلنا من تقدير التقادم بشهر (إذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر، أما إذا كان فإنها تقبل لأن المانع بعدهم عن الإمام فلم تتحقق التهمة قال: (وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فإنه يحد) وكذا إذا أقر بذلك (وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع. والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى) لأنها لا تصح على الغائب (وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم) لأنه شبهة الشبهة، فالمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها لئلا ينسد باب إقامة الحدود. وبيان ذلك أنها لو كانت حاضرة وادّعت النكاح سقط الحد لمكان شبهة الصدق مع احتمال الكذب، فإذا كانت غائبة كان الثابت غيبتها احتمال وجود الشبهة وهو المعنى بشبهة

ـ ثم قال الكاكي: ولهذا يجوز له الاستيفاء بدون التلفظ بلفظ القضاء، فإذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطاً حالة الاستيفاء كما كان شرطاً حالة القضاء إجماعاً ولم يبق بالتقادم الشهادة قال المصنف: (وهي شرط في السرقة) أقول: للقطع لا للشهادة حتى ينافي ما مر آنفاً.

يخفي عليه أمته أو امرأته (وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران أنها طاوعته درىء الحد عنهما جميعاً عند أبي حنيفة) وهو قول زفر (وقالا: يحدّ الرجل خاصة) لا تفاقهما على الموجب وتفرّد أحدهما بزيادة جناية وهو الإكراه، بخلاف جانبها لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما. وله أنه اختلف المشهود عليه لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما، ولأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها. وإنما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الإكراه

مثلاً ونحوه، ثم رجع إلى قول الكل، وسيظهر وجه بطلان القول الأول (وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع، والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى والدعوى شرط في السرقة) للعمل بالبينة لأن الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه، والشهادة للمرء على المرء لا تقبل بلا دعوى وليست شرطاً لثبوت الزنا عند القاضي، وطولب بالفرق بين القصاص إذا كان بين شريكين وأحدهما غائب ليس للحاضر استيفاؤه لجواز أن يحضر فيقر بالعفو وبين الشهادة بزنا الغائبة فإن الثابت في كل منهما شبهة الشبهة. أجيب بالمنع بل الثابت في صورة القصاص نفس الشبهة وهي احتمال العفو ليس شبهة بل حقيقة المسقط فاحتماله هو الشبهة، وإنما تكون شبهة الشبهة لو كان العفو نفسه شبهة فيكون احتماله شبهة الشبهة، بخلاف الغائبة فإن نفس دعواها النكاح مثلاً شبهة، فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة، واعتبارها باطل وإلا أدّى إلى نفي كل حد فإن ثبوته بالبينة أو الإقرار، والذي يثبت به يحتمل أن يرجع عنه، وكذا الشهود يحتمل أن يرجعوا، فلو اعتبرت شبهة الشبهة انتفى كل حد. وجه أنه شبهة الشبهة أن نفس رجوع المقر والشاهد شبهة لأنه يحتمل كذبه في الرجوع فاحتمال الرجوع شبهة الشبهة قوله: (وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحدّ لأن الظاهر أنها امرأته أو أمته) فلو قال المشهود عليه المرأة التي رأيتموها معي ليست زوجتي ولا أمتي لم يحدّ أيضاً لأن الشهادة وقعت غير موجبة للحد، وهذا اللفظ منه ليس إقراراً موجباً للحد فلا يحد، وأما ما قيل ولو كان إقراراً فبمرة لا يقام الحد يقتضي أنه لو قال أربعاً حد وليس كذلك (وإن أقرّ) أنه زنى بامرأة لا يعرفها حدّ لأنه لا تشتبه عليه امرأته. فإن قيل: قد تشتبه عليه بأن لم تزف إليه قلنا: الإنسان كما لا يقرّ على نفسه كاذبا لا يقرّ على نفسه حال الاشتباه، فلما أقر بالزنا كان فرع علمه أنها لا تشتبه عليه بزوجته التي لم تزفّ، وصار معنى قوله لم أعرفها: أي باسمها ونسبها ولكن علمت أنها أجنبية فكان هذا كالمنصوص عليه، بخلاف الشاهد فإنه يجوز أن يشهد على من يشتبه عليه فكان قوله لا يعرفها ليس موجباً للحد قوله: (وإن شهد اثنان) حاصلها أنه شهد أربعة على رجل أنه زنى بفلانة إلا أن رجلين قالا استكرهها وآخرين قالا طاوعته؛ فعند أبي حنيفة يندرىء الحد عنهما وهو قول زفر والأئمة الثلاثة وقالا: (يحد الرجل خاصة لاتفاقهم) أي الشهود الأربعة على الموجب للحد عليه، كذا في بعض النسخ وهو الأحسن وفي غالبها لاتفاقهما، أي الفريقين، وعليه قوله: (وتفرّد أحدهما بزيادة جناية) أي تفرّد أحد الفريقين بزيادة جناية منه (هي الإكراه) وهو لا يوجب التخفيف عنه (بخلاف جانبها لأن طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت) إذ قد اختلفوا فيه وتعارضوا، فعدم الوجوب عليها لمعنى غير مشترك فلا يسقط عنه كما لو زنا بصغيرة مشتهاة أو مجنونة. ولأبي حنيفة أنه قد اختلف المشهود عليه قرره في النهاية على ظاهره، فقال اختلف المشهود عليه، فإن المشهود عليه اثنان على تقدير وهو ما إذا

الشبهة، وهذا بخلاف ما إذا كان أحد أولياء القصاص غائباً فإنه لا يستوفي حتى يحضر الغائب لاحتمال أن يحضر الغائب فيقر بالعفو، لأنه لو حضر وأقر به سقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهته، فإذا كان غائباً تثبت شبهة العفو لا شبهة شبهته (وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال أنها امرأته أو أمته بل هو الظاهر) لأن الظاهر من حال المسلم أن لا يزني، والشهود لا يفصلون بين زوجته وأمته وبين غيرهما إلا بالمعرفة، فإذا لم يعرفوها لا يمكن إقامة الحد بشهادتهم (وإن أقرّ بذلك) أي بالزنا بامرأة لا يعرفها (حد لأنه لا يخفى عليه امرأته أو أمته، وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران أنها طاوعته دريء الحد عنهما جميعاً عند أبي حنيفة وهو قول زفر، وقالا: يحد الرجل خاصة لاتفاقهما) أي لاتفاق الفريقين (على الموجب) للحد (وتفرد أحدهما بزيادة جناية وهو الإكراه، بخلاف جانبها) فإن الموجب لم يتحقق (لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها فلم يثبت

لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها فصارا خصمين في ذلك (وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران أنه زنى بها بالبصرة درىء الحدّ عنهما جميعاً) لأن المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافاً لزفر لشبهة الاتحاد نظراً إلى اتحاد الصورة والمرأة (وإن اختلفوا في بيت واحد

كانت طائعة، لأن الفعل: أي الزنا يكون مشتركاً بينهما وكل منهما مباشر له فكانا مشهوداً عليهما فيجب الحدّان، وواحد على تقدير وهو ما إذا كانت مكرهة فإن الرجل هو المنفرد بالفعل فيجب حدّ واحد فكان المشهود عليه واحداً، لأن الإكراه يخرج المرأة من أن تكون فاعلة للزنا حكماً، ولهذا لا تأثم بالتمكين مكرهة، فاختلاف الفعل المشهود به أورث اختلاف المشهود عليه واختلاف الفعل من أقوى الشبهة اهـ. ولا يخفى أن المؤثر في إسقاطه عن الرجل ليس إلا اختلاف الفعل المشهود به فإنه هو المستقل بذلك فكونه يستلزم الشهادة على اثنين أو واحد لا يؤثر في الحكم، لأن حاصل ذلك أن الرجل مشهود عليه بنصاب الشهادة على كل حال وهو الموجب لحدّه عندهما، ولا فائدة لأبي حنيفة في إيراد هذا الكلام، بل الذي يفيده اختلاف الفعل المشهود به، فاشتغاله بزيادة كلام لا أثر له، ولا يفيد في المقصود فائدة بعيد، وكونه على تقدير آخر مشهوداً عليها معه، والفرض أن ذلك التقدير وهو طواعيتها غير ثابت، فإنما هو أمر مفروض فرضاً لا فائدة فيه أصلاً، ولذا حمل شارح لفظة عليه على به، وعليه اقتصر في الكافي فقال: وله أن المشهود به اختلف وليس على أحدهما: أي على أحد الوجهين اللذين بهما الاختلاف نصاب الشهادة فلا يجب شيء، وهذا لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفاً في جانبه ضرورة يعني أن الزنا بطائعة غير الزنا بمكرهة وشهادتهم بزنا دخل في الوجود والشاهدان بزناه بطائعة ينفيان زناه بمكرهة والآخران ينفيان زناه بطائعة فلم يتحقق على خصوص الزنا المتحقق في الخارج شهادة أربعة. وقول المصنف يقوم بهما لا يريد قيام العرض بعد فرض أنه واحد بالشخص بل أنه يتحقق قيامه، أي وجوده بهما قوله: (ولأن شاهدي الطواعية) لما اندرأ الحد عنها (صارا قاذفين لها) بالزنا (فصارا خصمين لها) ولا شهادة للخصم، وكان مقتضاه أن يحدّا حدّ القذف، لكن سقط بشهادة الآخرين بزناه مكرهة، فإن الزنا مكرهاً يسقط الإحصان في حد القذف، والإحصان يثبت بشهادة اثنين، فلما سقطت شهادتهما في حقها سقطت في حقه بناء على اتحاد الفعل فصار على زناه شاهدان فلا يحد، وهذا الاعتذار في سقوط حد القذف يحتاج إليه عندهما على ما ذكر في جامع شمس الأئمة حيث قال: لم يجب حد القذف على الشهود عند أبي حنيفة لأنهم اتفقوا على النسبة إلى الزنا بلفظة الشهادة، وذلك مخرج لكلامهم عن كونه قذفاً كما في المسئلة التي تلي هذه، وأما عندهما فلأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها لكن شاهدي الأكراه أسقطاه إلى آخر ما ذكرنا قوله: (وإن شهد اثنان الخ) أي شهد أربعة على رجل بالزنا اثنان منهم شهدا أنه زنى بها بالكوفة والآخران يشهدان أنه زنى بها بالبصرة (دريء الحد عنهما جميعاً لأن المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان) لأن الزنا بالكوفة ليس هو الزنا بالبصرة (ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة) وهو شهادة أربعة (ولا يحد الشهود) للقذف، وفيه خلاف زفر، فعنده يحدون

لاختلافهما) فيها وعدم الوجوب في حقها لمعنى غير مشترك لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجود الموجب في حقه كما في وطء الصغيرة المشتهاة أو المجنونة (ولأبي حنيفة أن المشهود به قد اختلف لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما) وكل ما هو فعل واحد يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين، وهؤلاء أثبتوا له وصفين متضادين، لأن الطوع يوجب اشتراكهما في الزنا والكره يوجب انفراد الرجل به واجتماعهما متعذر، فكان كل واحد منهما فعلاً خلاف الآخر فاختلف المشهود به ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة. وقوله: (ولأن شاهدي الطواعية) دليل آخر. وتقريره لأن شاهدي الطواعية (صارا قاذفين) لعدم نصاب الشهادة والقاذف خصم ولا شهادة للخصم وإذا انتفت شهادتهما نقص نصاب الشهادة فلا يقام بها الحد وكان ذلك يقتضي إقامة حد القذف على شاهدي الطواعية (ولكن سقط الحدّ عنهما بشهادة شاهدي الإكراه لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها) لوجود حقيقة الزنا منها لكن لا تأثم بسبب الإكراه. وقوله: (وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة) ظاهر. وقوله: (خلافاً لزفر) يعني أن يقول يحدون لأن شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد فصار كلامهم قذفاً، كثلاثة شهدوا على رجل بالزنا فإنهم يحدون حدّ القذف. ولنا ما ذكره

حد الرجل والمرأة) معناه: أن يشهد كل اثنين على الزنى في زاوية، وهذا استحسان. والقياس أن لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة. وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية أخرى بالاضطراب أو لأن الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده

للقذف وهو قول الشافعي لأن العدد لما لم يتكامل بكل زنا صاروا قذفة، كما لو كانوا ثلاثة شهدوا به فإنهم يحدون. قلنا: كلامهم وقع شهادة لوجود شرائطها من الأهلية ولفظة الشهادة وتم العدد في حق المشهود عليه فإن شبهة الاتحاد في نسبة الزنا لامرأة واحدة وصيغة الشهادة ثابتة وبذلك حصل شبهة اتحاد الزنا المشهود به فيندريء الحد عنهم. والحاصل أن في الزنا شبهة أوجبت الدرء عن المشهود عليه وفي القذف شبهة أوجبت الدرء عن الشهود. قال قاضيخان: وكلامنا أظهر لقوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم﴾ [النور ٤] وقد وجد الإتيان بأربعة قوله: (وإن اختلفوا في بيت واحد حدّ الرجل والمرأة، ومعناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا) أعني حد الرجل والمرأة مع هذا الاختلاف (استحسان. والقياس أن لا يحدوا) لاختلاف المكان حقيقة، وبه يختلف الفعل المشهود به فتصير كالتي قبلها من البلدين والدارين، والقياس قول الزفر والشافعي ومالك. وجه الاستحسان أنهم اتفقوا على فعل واحد حيث نسبوه إلى بيت واحد صغير إذ الكلام فيه بخلاف الكبير، وبعد ذلك تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل لأن البيت إذا كان صغيراً والفعل وسطه فكل من كان في جهة يظن أنه إليه أقرب فيقول إنه في الزاوية التي تليه، بخلاف الكبير فإنه لا يحتمل هذا فكان كالدارين، فكان اختلافهم صورة لا حقيقة أو حقيقة والفعل واحد، بأن كان ابتداء الفعل في زاوية ثم صار إلى أخرى بتحركهما عند الفعل. وأما ما قيل فإنهم اختلفوا فيما لم يكلفوا نقله فليس بجيد لأن ذلك أيضاً قائم في البلدتين. نعم إنما هم مكلفون بأن يقولوا مثلاً في دار الإسلام فالوجه ما اقتصرنا عليه. فإن قيل: هذا توفيق لإقامة الحد وهو احتياط في الإقامة والواجب درؤه. أجيب بأن التوفيق مشروع صيانة للقضاء عن التعطيل، فإنه لو شهد أربعة على رجل بالزنا بفلانة قبلوا مع احتمال شهادة كل منهم على زناها في غير الوقت، وقبوله مبني على اعتبار شهادة كل منهم على نفس الزنا الذي شهد به الآخر وإن لم ينص عليه في شهادته. فإن قيل: الاختلاف في مسئلتنا منصوص عليه وفي هذه مسكوت عنه. أجيب بأن التوفيق

بقوله: (لشبهة الاتحاد) يريد شبهة اتحاد المشهود به. وتقريره أن الشبهة دارئة في الحدود بالحديث وقد وجدت لأنهم شهدوا ولهم أهلية كاملة وعدد كامل على زنا واحد صورة في زعمهم نظراً إلى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم واتحاد المرأة، وإنما جاء الاختلاف بذكر المكان فيثبت شبهة الاتحاد في المشهود به فيدرأ الحد. قيل والحاصل أنها شهادة من وجه دون وجه؛ فبالنظر إلى الأول لم تحد الشهود، وبالنظر إلى الثاني لم يحدّ المشهود عليه. وقوله: (وإن اختلفوا في بيت واحد حدّ الرجل والمرأة) ظاهر. ولا يقال: إن ذلك احتيال لوجوب الحدّ والحدود يحتال لدرئها لا لإثباتها، لأن هذا احتيال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما أمكن، ثم إذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد. فإن قيل: فإن كان كذلك فما بالكم لم تصححوا الشهادة في مسئلة الإكراه والطواعية على مذهب أبي حنيفة رحمه الله بأن يحمل على أن يكون ابتداء الفعل عن إكراه وانتهاؤه عن طوع. أجيب بأن كل ما ذكر في مسئلة الإكراه والطواعية لا يتفاوت بين أن يكون إكراهاً من أوّله إلى آخره، وبين أن يكون أوّله إكراهاً وآخره طوعاً لأن الإكراه مسقط للحد عن المرأة سواء كان فعل الزنا من أوّله إلى آخره إكراهاً أو أوّله إكراهاً وآخره طوعاً،

قوله: (في زعمهم نظراً إلخ) أقول: فيه تأمل قوله: (قيل والحاصل) أقول: صاحب القيل هو الإتقاني قوله: (إنها شهادة من وجه دون وجه) أقول: أي أنها شهادة صورة وإن لم تكن شهادة حقيقة قوله: (ولا يقال بأن ذلك احتيال إلخ) أقول: سيجيب الشارح عن هذا السؤال بجواب آخر في باب الاختلاف في الشهادة من كتاب الشهادات فراجعه قوله: (أجيب بأن كل ما ذكر إلخ) أقول: ويجوز أن يفرق أيضاً بأن الطواعية داخلة في صلب الشهادة ولهذا يسألهم الإمام عن الكيفية كما صرحوا به، بخلاف زوايا البيت فإنه لو سكت عنها تقبل الشهادة فاكتفى بإمكان التوفيق فيما ليس داخلاً فيها صوناً للحجة الشرعية عن البطلان بقدر الإمكان ولم يكتف به فيما هو داخل فيه نظراً للمشهود عليه ورعاية لجانبه فليتأمل.

(وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درىء الحد عنهم جميعاً) أما عنهما فلأنا تيقنا بكذب أحد الفريقين غير عين، وأما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق **(وإن شهد**

مشروع في كل من الاختلاف المنصوص والمسكوت. ومن الأول ما إذا اختلفوا في الطول والقصر أو في السمن والهزال أو في أنها بيضاء أو سمراء أو عليها ثوب أحمر أو أسود تقبل في كل ذلك. وقد استشكل على هذا مذهب أبي حنيفة فيما إذا شهدوا، فاختلفوا في الإكراه والطواعية، فإن هذا التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل كرهاً وانتهاؤه طواعية. قال في الكافي: يمكن أن يجاب عنه بأن ابتداء الفعل كرهاً إذا كان عن إكراه لا يوجب الحد، فبالنظر إلى الابتداء لا يجب وبالنظر إلى الانتهاء يجب، فلا يجب بالشك، وهنا بالنظر إلى الزاويتين يجب فافترقا قوله: **(ولو شهد أربعة أنه زنى بامرأة عند طلوع الشمس بالنخيلة)** بالنون والخاء المعجمة تصغير نخلة مكان بظاهر الكوفة، وقد يقال بجيلة بالباء المفتوحة والجيم وهو تصحيف لأنه اسم قبيلة باليمن **(وشهد أربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند فلا حدّ على أحد منهم، أما عنهما فللتيقن بكذب أحد الفريقين غير عين)** إذ الإنسان لا يتصور منه الزنا في ساعة واحدة في مكانين متباعدين فلا يجب حدهما بالشك، وأما في الشهود فللتيقن بصدق أحد الفريقين فلا يحدون بالشك، فلو كان المكانان متقاربين جازت شهادتهم لأنه يصح كون الأمرين فيهما في ذلك الوقت، لأن طلوع الشمس يقال لوقت ممتد امتداداً عرفياً لا أنه يخص أن ظهورها من الأفق، ويحتمل تكرار الفعل.

ودير هند: دير بظاهر الكوفة، وهند بنت النعمان بن المنذر بن ماء السماء كانت ترهبت وبنت هذا الدير وأقامت به، وخطبها المغيرة بن شعبة أيام إمارته على الكوفة فقالت: والصليب ما فيّ رغبة لجمال ولا كثرة مال إنما أراد أن يفتخر بنكاحي فيقول نكحت بنت النعمان بن المنذر، وإلا فأي رغبة لشيخ أعور في عجوز عمياء؟ فصدقها المغيرة وقال في ذلك:

أدركت ما منيت نفسي خالياً ... لله درّك يا ابنة النعمان

فلقد رددت على المغيرة دهية[1] ... إن الملوك ذكية الأذهان

إني لحلفك بالصليب مصدّق ... والصلب أصدق حلفة الرهبان

وكانت بعد ذلك تدخل عليه ويسألها فسألها يوماً عن حالها فقالت:

فبينا نسوس الناس والأمر أمرنا ... إذا نحن فيهم سوقة نتنصف

فأفّ لدنيا لا يدوم نعيمها ... تقلب تارات بنا وتصرّف

ذكر هذا ابن الشجري في أماليه على القصيدة المنازلية للشريف الرضي التي أوّلها:

ما زلت أطرق المنازل باللوى ... حتى نزلت منازل النعمان

فلما كان كذلك كان في شهادتهم اختلاف المشهود به كما ذكرنا. قال: **(وإذا شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عن طلوع الشمس وأربعة زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درىء الحد عنهم جميعاً)** النخيلة تصغير نخلة التي هي واحدة النخل: موضع قريب من الكوفة، والباء الموحدة المفتوحة والجيم تصحيف لأنه اسم حيّ من اليمين، ودير هند لا يساعد عليه لأنه أيضاً موضع قريب من الكوفة وكلامه واضح. وقوله: **(فلاحتمال صدق كل فريق)** يعني أن احتمال الصدق في كلام كل من الفريقين قائم، وشبهة الزنا تمنع وجوب الحد على القاذف. وقوله: **(درىء الحد عنهما وعنهم)** توضيحه أن الزنا لا يتحقق مع البكارة، وشهادة النساء حجة فيما لا اطلاع للرجال عليه خصوصاً في إسقاط الحد فيسقط عنهما، وأما عنهم فلأنه تكامل نصاب الشهادة، وإنما امتنع حكمها بقول النساء ولا مدخل لقولهن في إثبات الحدود. وقوله: **(فإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان)** ظاهر. وقوله: **(لأن الزنا**

(١) (دهية) بفتح الدال المهملة وسكون الهاء ثم مثناة تحتية وهو الدهاء: أي المكر، ووقع في النسخ «ذهنه» بمعجمة ونون وهو تحريف فليذر كتبه مصححه.

أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درىء الحدّ عنهما وعنهم) لأن الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة، ومعنى المسألة أن النساء نظرن إليها فقلنا إنها بكر، وشهادتهن حجة في إسقاط الحد وليست بحجة في إيجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم **(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون في قذف أو أحدهم عبد أو محدود في قذف فإنهم يحدون)** ولا يحد المشهود عليه لأنه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من أهل أداء الشهادة، والعبد

عند قوله:

ولقد رأيت بدير هند منزلاً	ألما من الضراء والحدثان
أغضى كمستمع الهوان تغيبت	أنصاره وخلا عن الأعوان
بالي المعالم أطرقت شرفاته	إطراق منجذب القرينة عان
وذكرت مسحبها الرياط بجوّه	من قبل بيع زمانها بزمان
وبما ترد على المغيرة دهيه	نزع النوار بطيشة الإذعان

والنوار من النساء التي تنفر من الريبة، يقال نارت المرأة تنور نوراً إذا نفرت عن القبيح قوله: **(وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر)** بأن نظر النساء إليها فقلن هي بكر **(درىء الحد عنهما)** أي عند المشهود عليهما بالزنا **(وعنهم)** أي ويدرأ حد القذف عن الشهود وهو أحد قولي الشافعي وأحمد، وعند مالك تحد المرأة والرجل، أما الدرء عنهما فلظهور كذب الشهود إذ لا بكارة مع الزنا، وقول النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فتثبت بكارتها بشهادتهن ومن ضرورته سقوط الحد. والوجه أن يقال إن لم تعارض شهادتهن شهادتهم تثبت بشهادتهن بكارتها، وهو لا يستلزم عدم الزنا لجواز أن تعود العذرة لعدم المبالغة في إزالتها فلا يعارض شهادة الزنا فينبغي أن لا يسقط الحد، وإن عارضت بأن لا يتحقق عود العذرة يجب أن تبطل شهادتهن لأنها لا تقوي قوّة شهادتهم. قلنا: سواء انتهضت معارضة أو لا لا بد أن تورث شبهة بها يندرىء، ولذا يسقط بقولهن هي رتقاء أو قرناء ويقبل في ذلك قول امرأة واحدة، وأما عن الشهود فلتكامل عددهم في الشهادة على الزنا، وإنما امتنع الحدّ بشهادتهم لقولهن فقولهن حجة في إسقاط الحد لا في إيجابه. والحاصل أنه لم يقطع بكذبهم لجواز صدقهم وتكون العذرة قد عادت لعدم المبالغة في إزالتها بالزنا أو لكذبهن قوله: **(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون في قذف أو أحدهم عبد أو محدود في قذف يحد الشهود ولا يحد المشهود عليه)** الأصل أن الشهود باعتبار التحمل والأداء أنواع: أهل للتحمل والأداء على وجه الكمال وهو الحر البالغ العاقل العدل. وأهل لهما على وجه القصور كالفساق لتهمة الكذب ومقابل القسمين ليس أهلاً للتحمل ولا للأداء وهم العبيد والصبيان والمجانين والكفار. وأهل للتحمل لا الأداء كالمحدودين في قذف والعميان. فالأول يحكم بشهادته وتثبت الحقوق بها، والثاني يجب التوقف فيها ليظهر صدقه أو لا فلا، والثالث لا شهادة له أصلاً حتى لم يعتبر فيما لم يعتبر للأداء فلا يصح النكاح بحضورهما وشهادتهما، والرابع يعتبر في هذا فصح النكاح العميان والقذفة

يثبت بالأداء) أي يظهر عند الإمام بأداء الشهود الشهادة، ولا أداء للعميان والعبيد والمحدودين في القذف لا كاملاً ولا ناقصاً، فانقلبت شهادتهم قذفاً لأنهم نسبوهما إلى الزنا ولم تكن نسبتهما إلى الزنا شهادة فكانت قذفاً ضرورة. وقوله: **(لأن الفاسق من أهل الأداء والتحمل)** يعني بالنص، قال الله تعالى **﴿إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا﴾** فالأمر بالتثبت دليل على أن الفاسق من أهل الأداء، لأنه لو لم يكن أهلاً لما أمر بالتثبت؛ ألا ترى أن العبد إذا شهد يؤمر بالردّ لا بالتثبيت. وذكر الإمام قاضيخان أن الشهود ثلاثة: شاهد له أهلية التحمل والأداء بصفة الكمال وهو العدل، وشاهد له أهلية التحمل والأداء لكن بصفة النقصان والقصور وهو

قال المصنف: **(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان)** أقول: العميان والمحدودون في قذف ليسوا من أهل أداء الشهادة لكنهم من أهل التحمل ولهذا ينعقد النكاح بحضورهم، والعبد ليس من أهل التحمل والأداء، والفاسق من أهل التحمل والأداء قال المصنف: **(لأن الزنا يثبت بالأداء)** أقول: أي عند القاضي كما فسر به الشيخ المصنف قوله في أول كتاب الحدود: الزنا يثبت بالبينة والإقرار حيث قال: والمراد ثبوته عند الإمام فراجعه.

ليس بأهل للتحمل والأداء فلم تثبت شبهة الزنا لأن الزنا يثبت بالأداء **(وإن شهدوا بذلك وهم فساق أو ظهر أنهم فساق لم يحدوا)** لأن الفاسق من أهل الأداء والتحمل وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق، ولهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينفذ عندنا، ويثبت بشهادتهم شبهة الزنا، وباعتبار قصور في الأداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا امتنع الحدان، وسيأتي فيه خلاف الشافعي بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة فهو كالعبد عنده **(وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدّوا)** لأنهم قذفة إذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها **(وإن شهد**

ولو شهدوا بعد ذلك لم تقبل. إذا عرف هذا ففي المسئلة المذكورة عدم الحد للزنا ظاهر لأنه لا يثبت بشهادة هؤلاء: أي العميان والمحدودين في القذف ما يثبت مع الشبهات كالمال فكيف يثبت بها ما لا يثبت معها من الحدود، وهذا لأن العميان والمحدودين ليسوا أهلاً للأداء، والعبد ليس أهلاً للتحمل أيضاً فلم يثبت بشهادتهم شبهة الزنا لأن الزنا يثبت بالأداء فصاروا قذفة فيحدون، بخلاف الفساق إذا شهد أربعة منهم على الزنا لا يحدون وإن لم يقبلوا لأنهم أهل للأداء مع قصور، حتى لو حكم حاكم بشهادة الفساق نفذ، غير أنه لا يحل له ذلك فاحتطنا في الحد فسقط عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت، ويأتي فيه خلاف الشافعي بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة، وكذا قال أحمد في رواية عنه قوله: **(وإن نقص عدد الشهود عن أربعة)** بأن كانوا ثلاثة فأقل **(حدوا)** حد القذف: يعني إذا طلب المشهود عليه بالزنا ذلك لأنه حقه فتوقف على طلبه، وهذه إجماعية لقوله تعالى **﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾** [النور ٤] وحين شهد على المغيرة رضي الله عنه أبو بكرة ونافع بن علقمة وشبل بن معبد ولم تكمل بشهادة زياد حد عمر رضي الله عنه الثلاثة الشهود بمحضر من الصحابة فكان إجماعاً[1]، والأربعة إخوة لأم واسم أمهم سمية. وأما وجهه من جهة المعنى فلأن اللفظ لا شك في أنه قذف، وإنما يخرج عن حكم القذف إذا اعتبر شهادة، ولا يعتبر شهادة إلا إذا كانوا نصاباً قوله: **(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم الخ)** حاصلها أنه إذا حد بشهادة شهود جلدا فجرحه الحد أو مات منه لعدم احتماله إياه ثم ظهر بعض الشهود عبداً أو محدوداً في قذف أو أعمى أو كافراً فإنهم يحدون بالاتفاق، لأن الشهود حينئذ أقل من أربعة، ومتى كانوا أقل حدّوا حد القذف. ثم قال أبو يوسف ومحمد: أرش الجراحة ودية النفس فيما إذا مات في بيت المال. وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا شيء عليهم ولا على بيت المال، ولو كان الحد الرجم فرجم ثم ظهر أحد الشهود على ما ذكرنا فديته على بيت المال اتفاقاً. قال المصنف **(وعلى هذا إذا رجع الشهود)** يعني بعد ما ضرب فجرح أو مات **(لا يضمنون عنده. وعندهما يضمنون)** أرش الجراحة إن لم يمت والدية إن مات. وظاهر أنه لا يحسن كل الحسن لفظ، وعلى هذا هنا لأن مثله يقال إذا كان الخلاف في المشار إليها كالخلاف المشبه به، وليس هنا كذلك فإن ذلك الخلاف

الفاسق، وشاهد له أهلية التحمل وليس له أهلية الأداء كالأعمى والمحدود في القذف ولهذا ينعقد النكاح بهما **(وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا لأنهم قذفة، إذ لا حسبة عند نقصان العدد)** فإن الشاهد مخير بين حسبتين على ما مر وههنا لم يوجد منه حسبة الستر وهو ظاهر، ولا حسبة أداء الشهادة أيضاً لنقصان عددهم، فإن الله تعالى قال: **﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾** وإذا لم توجد الحسبة ثبت القذف لأن خروج الشهادة عن القذف إنما كان باعتبار الحسبة. وقوله: **(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا)** ظاهر. وقوله: **(وعندهما يضمنون)** أي أرش الجراحة إذا لم يمت والدية إن مات. قوله: **(فصار كالرجم والقصاص)** يعني إذا شهدوا الشهود فرجم المشهود عليه أو قتل ثم رجعوا يضمنون الدية. ووجه أبي حنيفة ظاهر. وقوله: **(في الصحيح)** يعني في الصحيح من الرواية، وذكر في مبسوط فخر الإسلام: ولو قال قائل يجب الضمان على الجلاّد فله وجه لأنه ليس بمأمور بهذا الوجه لأنه أمر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل، فإذا وجد منه الضرب على هذه الوجوه يقع فعله تعدياً فيجب عليه الضمان. وذكر في كتاب الإيضاح في هذه المسئلة لأبي حنيفة وجهاً حسناً، وهو أن الإضافة

---

(١) هذا الأثر تقدم تخريجه مستوفياً.

أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد أحدهم عبداً أو محدوداً في قذف فإنهم يحدون) لأنهم قذفة إذ الشهود ثلاثة (وليس عليهم ولا على بيت المال أرش الضرب، وإن رجم فديته على بيت المال، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: أرش الضرب أيضاً على بيت المال) قال العبد الضعيف عصمه الله: معناه إذا كان جرحه، وعلى هذا الخلاف إذا مات من الضرب، وعلى هذا إذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون. لهما أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب، إذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف إلى شهادتهم فيضمنون بالرجوع، وعند عدم الرجوع تجب على بيت المال لأنه ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم فصار كالرجم والقصاص. ولأبي حنيفة أن الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك، فلا يقع

هو أن الأرش والدية في بيت المال عندهما، وعنده ليس على بيت المال شيء وهنا عندهما على الشهود، وعنده ليس عليهم شيء. وقال الشافعي ومالك وأحمد: الأرش والدية على الحاكم قوله: (لهما أن الواجب مطلق الضرب، إذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الخارج وغيره فيضاف) الجرح والموت (إلى شهادتهم) فصاروا كالمباشرين لما أوجبوه بشهادتهم فرجوعهم اعتراف بأنهم جناة في شهادتهم، كمن ضرب شخصاً بسوط فجرحه أو مات، وكشهود القصاص والقطع إذا رجعوا، هذا إذا رجعوا. وأما إذا لم يرجعوا بل ظهر بعضهم عبداً أو محدوداً الخ وهو ما أراد بقوله وعند عدم الرجوع لم يكونوا معترفين بجنايتهم فيجب على بيت المال لأنه ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي لأنه الآمر له، وفعل المأمور ينتقل إلى الآمر عند صحة الأمر فكأنه ضرب بنفسه ثم ظهر خطؤه، وفيه يكون الضمان في بيت المال لأنه عامل للمسلمين لا لنفسه فتجب الغرامة التي لحقته بسبب عمله لهم في مالهم، وصار الجرح والموت من الجلد كالرجم والقصاص إذا قضى به، فإن الضمان عند ظهور الشهود محدودين أو عبيداً الخ في بيت المال اتفاقاً قوله: (ولأبي حنيفة أن الواجب بشهادتهم هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك) فتضمن هذا منع قولهما الواجب مطلق الضرب، وقولهما في إثباته أن الاحتراز عن الجارح خارج عن الوسع ممنوع بل ممكن غير عسر أيضاً (ولا يقع جارحاً إلا الخرق الضارب وقلة هدايته وترك احتياطه فاقتصر عليه) فلم يتعد إلى الشهود ولا القاضي، بخلاف الرجم فإنه مضاف إلى قضاء القاضي لأنه قضى به ابتداء ثم ظهر خطؤه ومصلحة عمله للعامة فيكون موجب ضرر خطئه عليهم في مالهم لأن الغرم بالغنم، أما الجلد الجارح فلم يقض به فلا يلزمه فيكون في بيت المال بل يقتصر على الجلاد (إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح) لأنه لم يتعمده، فلو ضمناه لامتنع الناس من الإقامة مخافة الغرامة، وإذا لم تجب الغرامة عليه ولا على الشهود ولا على القاضي لتثبت في بيت المال لم تجب أصلاً وهو المطلوب. وقوله في الصحيح احتراز عن قول فخر الإسلام في مبسوطه: لو قال قائل يجب الضمان على الجلّاد فله وجه لأن ليس مأموراً بهذا الوجه بل بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل، فإذا وجد فعله على هذا الوجه. رجع متعدياً فيجب عليه الضمان، وهذا أوجه من جعله احترازاً عن جواب القياس، وإنما يقال ذلك لضرورة عدم الخلاف في الواقع قوله: (وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها) أي في هذه الشهادة التي هي الشهادة على الشهادة (من زيادة شبهة) لتحققها في موضعين: في تحميل الأصول، وفي نقل الفروع، وهو قول مالك

إلى الشهود من حيث الإيجاب دون الإيجاد، والأثر الحاصل موجب وجود الضرب لا موجب وجوبه فلم يكن مضافاً إلى الشهادة فلا يجب عليهم الضمان. وقوله: (لما فيها من زيادة الشبهة) معناه لما فيها من شبهة زادت على الأصل لم تكن فيه، فإن الكلام إذا تداولته الألسنة يمكن فيه زيادة ونقصان. قوله: (إذ هم قائمون مقامهم) أي الفروع قائمة مقام الأصل، فكان الردّ لشهادة الفروع ردّ لشهادة الأصول، وذلك لأن الموضع الذي تقبل فيه شهادة الفروع تقبل فيه شهادة الأصول، وفي الموضع الذي تردّ يتعدى ردّها إلى شهادة الأصول من وجه وذلك شبهة. وقوله: (ولا تحد الشهود) يعني الأصول والفروع (لأن عددهم متكامل)

قال المصنف: (فصار كالرجم والقصاص) أقول: وقد سبق آنفاً وسيجيء في اخر باب التعزيز كلام يتعلق بهذا المقام.

جارحاً ظاهراً إلا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه، إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كي لا يمتنع الناس عن الإقامة مخافة الغرامة **(وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد)** لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة إلى تحملها **(فإن جاء الأولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد أيضاً)** معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه، لأن شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة إذ هم قائمون مقامهم بالأمر

وأحمد. والأصح من مذهب الشافعي أنه يحدّ بها إذا تكاملت شروطها، ونحن بينا زيادة الشبهة وهي إن لم تمنع في الشرع لأن الشرع اعتبر الشهادة على الشهادة وألزم القضاء بموجبها في المال لكنها ضعيفة بما ذكرنا، ولا يلزم من اعتبارها في الجملة اعتبارها في كل موضع كشهادة النساء فإنها معتبرة صحيحة لذلك وليست معتبرة في الحدود لزيادة شبهة فيها فعلم أن الشهادة مع زيادة مثل تلك الشبهة معتبرة إلا في الحدود، وسببه أنه يحتاط في درئها فكان الاحتياط ردّ ما كان كذلك من الشهادة كما ردّت شهادة النساء فيها، ولأنها بدل واعتبار البدل في موضع يحتاط في إثباته لا فيما يحتاط في إبطاله **(فإن جاء الأولون)** يعني الأصول **(فشهدوا بالمعاينة)** بنفس ما شهد به الفروع من الزنا فعنده لا تقبل أيضاً **(لأن شهادة هؤلاء الأصول قد ردّها الشرع من وجه بردّه شهادة الفروع في عين الحادثة)** التي شهد بها الأصول **(إذ هم قائمون مقامهم)** فصار شبهة في درء الحدّ عن المشهود عليه بالزنا **(ثم لا يحد الشهود)** الأصول ولا الفروع **(لأن عددهم متكامل)** فلم تكن شهادتهم قذفاً، غير أنه امتنع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لإيجابه فلا يوجب حدّ القذف على الشهود قوله: **(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم)** حاصل وجوه رجوع واحد ثلاثة: إما قبل القضاء، أو بعده قبل الإمضاء، أو بعده. ذكرها المصنف كلها، فذكر أوّلاً ما إذا رجع واحد من الأربعة بعد الإمضاء وهو الرجم مثلاً، وأن حكمه أنه وحده يغرم ربع الدية. أما غرامة ربع الدية فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباعها فيكون التالف بشهادة الراجع ربعها لإتلافه بها ربع النفس حكماً فيضمن بدل الربع. وقال الشافعي: يجب القتل لا المال بناء على أصله في شهود القصاص أنهم إذا رجعوا يقتلون. قال المصنف **(وسنبينه في الديات)** قيل وقعت الحوالة غير رائجة لأنه لم يذكره فيه وأما حد الراجع وحده فمذهب علمائنا الثلاثة أنه يحده وقال زفر: لا يحد لأنه إن كان قاذف حي برجوعه فقد بطل بالموت لأن حد القذف لا يورث لأن الغالب فيه حق الله فيورث شبهة. وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي وحكمه برجمه يوجب شبهة في إحصانه ولهذا لا يحد الباقون إجماعاً قوله: **(ولنا الخ)** حاصلة اختيار الشق الثاني وهو أنه قذف ميت ثم نفي الشبهة الدارئة لحد القذف عنه، أما أنه قذف ميت فلأن بالرجوع تنفسخ شهادته فتصير قذفاً للحال لا أنه بالرجوع يتبين أن تلك الشهادة كانت قذفاً من الأول لأنها حين وقعت كانت معتبرة شهادة غير أن بالرجوع تنفسخ فتصير قذفاً للحال، كمن علق الطلاق ثم وجد الشرط بعد سنة فوقع يقع الآن لا أنه

والأهلية موجودة **(وامتناع الحدّ على المشهود عليه لنوع شبهة)** وهو شبهة عدم التحميل في الفروع، وشبهة الرد في الأصول **(وهي كافية للدرء لا لإيجابه)** لأن الشبهة مسقطة للحد لا موجبة له. قال: **(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا)** هذا شروع في بيان الرجوع عن الشهادة في الزنا وكلامه واضح. وقوله: **(لأنه إن كان قاذف حيّ فقد بطل بالموت)** يعني لأن حدّ القذف لا يورث **(وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي)** وذلك إن لم يسقط الإحصان فلا أقل من إيراث الشبهة والحد يسقط بها **(ولنا أن الشهادة**

قال المصنف: **(إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح)** أقول: قال الإتقاني استثناء من قوله فيقتصر عليه، وهذا جواب سؤال بأن يقال لما اقتصر عليه كان ينبغي أن يجب عليه الضمان وهو القياس، فأجاب عنه وقال: لكن لا يجب عليه الضمان في الوجه الصحيح وهو الاستحسان كي لا يمتنع الناس اهـ. وفسر غيره الصحيح بالصحيح من الرواية قال المصنف: **(لما فيها من زيادة الشبهة)** أقول: يعني أن في جميع الشهادات شبهة الكذب لكنها متحملة لئلا يلزم انسداد باب الحدود، وفي الشهادة على الشهادة شبهة عدم التحميل أيضاً ففيها زيادة الشبهة ولا تتحمل قال المصنف: **(ولا ضرورة إلى تحملها)** أقول: يعني أن الشهادة على الشهادة شرعت للحاجة، ولا حاجة إليها هنا لأن الحدود يحتال لدرئها لا لإثباتها.

والتحميل، ولا يحد الشهود لأن عددهم متكامل وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة. وهي كافية لدرء الحد لا لإيجابه **(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حدّ الراجع وحده وغرم ربع الدية)** أما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق. وقال الشافعي: يجب القتل دون المال بناء على أصله في شهود القصاص، وسنبينه في الديات إن شاء الله تعالى، وأما الحدّ فمذهب علمائنا الثلاثة. وقال زفر لا يحد لأنه إن كان الراجع قاذف حيّ فقد بطل بالموت، وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة. ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفاً بالرجوع لأن به تفسخ شهادته فجعل للحال قذفاً للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتني عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة، بخلاف ما إذا قذفه غيره لأنه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه **(فإن لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعاً وسقط الحد عن المشهود عليه)**

يتبين أنه وقع حين التكلم به، وكذا إذا فسخ وارث المشتري البيع مع البائع بعد موت المشتري يثبت به الملك في الحال للبائع، بخلاف ما لو ظهر أحدهم عبداً بعد الحد فإنهم يحدون كلهم لأنه ظهر أن الراجع وغيره قذفة لأن العبد لا شهادة له فكان عدد الشهود ناقصاً فيحدون، وإنما لا يحدون بعد الرجم عند ظهور أحدهم عبداً لأنه قذف حياً فمات، وأما أن كونه مرجوماً ليس شبهة في حقه دارئة للحد عنه، فلأنه لما انفسخت الحجة انفسخ ما بنى عليها وهو القضاء برجمه في حقه بزعمه اعترافه، فإذا انفسخ تلاشى فكأنه لم يكن ذلك في حق الراجع خاصة فلم يكن بحيث يوجب شبهة في حقه لأن زعمه معتبر في حقه، بخلاف غيره لأنه لم ينفسخ في حق غيره فلذا حد الراجع ولم يحدّ غيره لو قذفه لأن القضاء لما كان قائماً في حق الغير صار المرجوم غير محصن في حقه. ثم ذكر المصنف رجوع الواحد قبل الإمضاء بعد القضاء فقال: **(فإن لم يحد المشهود عليه بالزنا حتى رجع واحد منهم)** أي بعد القضاء قبل الإمضاء **(حدوا جميعاً. وقال محمد)** وزفر **(يحد الراجع وحده لأن الشهادة تأكدت بالقضاء)** فلم يبق طريق إلى وقوعها قذفاً. فالرجوع بعد القضاء قبل الإمضاء إنما يؤثر فسخ القضاء في حقه خاصة كالرجوع بعد الاستيفاء **(ولهما أن الإمضاء)** أي استيفاء الحد **(من**

تنقلب قذفاً بالرجوع) عنها لأنها تنفسخ به، وإذا انفسخت كانت قذفاً لانتفاء الحسبتين جميعاً **(فيجعل للحال قذفاً للميت)** وإذا انقلبت قذفاً فقد انفسخت حجيتها، وإذا انفسخت حجيتها انفسخ ما يبتنى عليها وهو القضاء، وإذا انفسخ القضاء اندفع القول بكونه مرجوماً بحكم القاضي فلا يسقط الإحصان ولا يورث الشبهة فيجب حدّ قاذفه، لكن قيد قوله في حقه لأنه زعم أن شهادته ليست بحجة وزعمه في حق نفسه معتبر، بخلاف ما إذا قذف غيره لأنه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه، لأن قضاء القاضي في زعمه صحيح متقرّر، فكان قذفه واقعاً في حق غير المحصن فلا يجب حدّ القذف. ولقائل أن يقول: القضاء لو كان قائماً في زعمهم وجب الحدّ لا محالة، فإذا كان قائماً في زعم دون زعم كان قائماً من وجه دون وجه، ومثله يورث الشبهة الدارئة للحدّ. واعترض أيضاً بأن أحد الشهود لو ظهر عبداً بعد الرجم لم يحد الشهود حد القذف بالإجماع، ولو ظهر أحدهم عبداً بعد الجلد حدّ وما ذلك إلا لأن القذف إن ثبت بالشهادة ثبت من وقت الشهادة كما قال زفر. ومن قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف. وأجيب بأن أحدهم إذا ظهر عبداً علم أن شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفاً في ذلك الوقت لعدم أهلية الشهادة لأن العبد لا شهادة له، فإن كان الحد جلداً فقد قذف حياً فيحد، وإن كان رجماً قذف حياً ثم مات فلا يحد، بخلاف ما نحن فيه فإنها كانت شهادة في ذلك الوقت، وبالرجوع انقلبت قذفاً بعد الموت فكان قاذفاً للميت فيحد. وقوله: **(فإن لم يحد المشهود عليه)** ظاهر. وقوله: **(ولنا أن كلامهم قذف في الأصل)** يعني لكونه صريحاً فيه لكن سلب عنه ذلك إذا صار شهادة **(وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به، فإذا لم يتصل به بقي قذفاً)** وهذا يناقض ما تقدم لأنه قال هناك: إن الشهادة إنما تنقلب قذفاً بالرجوع وههنا قال: إنها قذف، وإنما تصير شهادة باتصال القضاء بها. ويمكن أن يجاب عنه بأنه لا منافاة بينهما لأنه قذف في الأصل، وإنما

قال المصنف: **(وأما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة)** أقول: عطف على قوله أما الغرامة بتأويل أما الغرامة فمذهب جميع علمائنا لأنه بقي من يبقى إلخ، وأما الحد فمذهب الثلاثة من علمائنا وهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى.

وقال محمد: حد الراجع خاصة لأن الشهادة تأكدت بالقضاء فلا ينفسخ إلا في حق الراجع، كما إذا رجع بعد الإمضاء. ولهما أن الإمضاء من القضاء فصار كما إذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه. ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدّوا جميعاً. وقال زفر: يحد الراجع خاصة لأنه لا يصدّق على غيره. ولنا أن كلامهم قذف في الأصل وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به، فإذا لم يتصل به بقي قذفاً فيحدون **(فإن كانوا خمسة فرجع أحدهم فلا شيء عليه)** لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الأربعة **(فإن رجع آخر حدّاً وغرماً ربع الدية)** أما الحد فلما ذكرنا وأما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق، والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف **(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فإذا الشهود مجوس أو عبيد فالدية على المزكين عند أبي حنيفة)** معناه إذا

القضاء) وقد تقدم بيان كون الإمضاء من القضاء بحقوق الله تعالى في مسئلة التقادم فكان رجوعه قبل الإمضاء كرجوعه قبل القضاء، وتظهر ثمرة كون الإمضاء من القضاء فيما إذا اعترضت أسباب الجرح في الشهود أو سقوط إحصان المقذوف أو عزل القاضي يمتنع استيفاء حد القذف وغيره، ثم ذكر رجوعه قبل القضاء فقال: **(ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعاً)** وهو قول الأئمة الثلاثة وقال زفر: **(يحد الراجع خاصة)** لأن رجوعه عامل في حق نفسه دون غيره فتبقى شهادتهم على ما هي عليه لا تنقلب قذفاً **(ولنا أن كلامهم قذف في الأصل، وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به)** ولم يتصل به لأن رجوعهم منع من ذلك فبقى قذفاً فيحدون. والأولى أن يقال كلامهم قذف في الأصل، وإنما يصير شهادة ما دام بصفة إيجابه القضاء على القاضي وبالرجوع انتفى فكان قذفاً، وهذا لأن كونه لا يخرج عن القذف إلى الشهادة إلا باتصاله بحقيقة القضاء مما يمنع. إذا عرف هذا قلنا لو امتنع الرابع عن الأداء يحد الثلاثة ولا يكون ذلك بسكوت الرابع بل بنسبة الثلاثة إياه إلى الزنا قولا، فكذا إذا رجع أحدهم يحدّ ثلاثتهم بقولهم زنى قوله: **(فإن كانوا خمسة)** عطف على أول المسئلة ولو شهد أربعة **(فرجع أحدهم)** أي بعد الرجم **(لا شيء عليه)** أي لا حدّ ولا غرامة **(لأنه بقي)** بعد رجوعه **(من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الأربعة)** وهو قول الأئمة الأربعة سوى قول للشافعي رحمه الله غير الأصح عندهم **(وإن رجع آخر)** مع الأول **(حد كل منهما وغرما ربع الدية)** وللشافعي تفصيل، وهو أنهما إن قالا أخطأنا وجب عليهما قسطهما من الدية. وفيه وجهان: في وجه خمساها، وفي وجه ربعها كقولنا ولو قالا تعمدنا الكذب يقتلان **(أما الحد فلما ذكرنا)** يعني من أن الشهادة تنقلب قذفاً للحال فعليهما الحدّ يعني عند رجوع الثاني تنفسخ شهادتهما قذفاً لعدم تمام الحجة بعد رجوع الثاني، لا أن رجوع الثاني هو الموجب للحدّ **(وأما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر)** في قدر لزوم الغرامة **(بقاء من بقي)** لا رجوع من رجع على ما عرف قوله: **(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وزكوا)** أي بأن قال المزكون هم أحرار مسلمون عدول، أما لو اقتصروا على

يصير شهادة باتصال القضاء به ثم يعود إلى ما كان بالرجوع، وعلى هذا لا يرد قول من يقول: إن فيما قال أصحابنا مؤاخذة من لم يرجع بذنب من رجع، وقد قال تعالى ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ لأن الكل قذفة عند عدم اتصال القضاء بالشهادة، فكل منهم مؤاخذ بذنبه لا بذنب غيره. وقوله: **(وإن كانوا خمسة فرجع أحدهم)** يعني بعد الرجم لأن وضع المسئلة في ذلك. وقوله: **(فلما ذكرنا)** إشارة إلى ما قال من قبل. ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفاً الخ، ومعناه يحدان جميعاً، لأنه لما رجع الثاني لم يبق من الشهود من تتم به الحجة، وقد انفسخت الشهادة في حقهما بالرجوع فيحدان. فإن قيل: الأول منهما حين رجع لم يجب عليه حدّ ولا ضمان، فلو لزمه ذلك لكان لزومه برجوع الثاني ورجوع غيره لا يكون ملزماً إياه بالحدّ. أجيب بأن الحد لم يجب لا لانعدام السبب لوجود المانع وهو بقاء الحجة التامة، فإذا زال المانع برجوع الثاني وجب الحد على الأول بالسبب المتقرر لا بزوال المانع، ولو اعتبرنا هذا المعنى لوجب القول بأنهم لو رجعوا معاً لم يحد واحد منهم لأن في حق كل واحد منهم لا يلزمه شيء برجوعه وحده لو ثبت أصحابه على الشهادة، وهذا بعيد. قال: **(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا)** التزكية من زكى نفسه إذا

قوله: **(قال وقيل هذا إلخ)** أقول: فلا وجه حينئذ لصيغة التمريض.

رجعوا عن التزكية (وقالا هو على بيت المال) وقيل هذا إذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم. لهما أنهم أثنوا على الشهود خيراً فصار كما إذا أثنوا على المشهود عليه خيراً بأن شهدوا بإحصانه. وله أن الشهادة إنما تصير حجة عاملة بالتزكية، فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم إليها بخلاف شهود الإحصان لأنه محض الشرط. ولا فرق بين ما إذا شهدوا بلفظة الشهادة أو أخبروا، وهذا إذا أخبروا بالحرية والإسلام، أما إذا قالوا هم عدول وظهروا عبيداً لا يضمنون لأن العبد قد يكون عدلاً، ولا ضمان على الشهود لأنه لم يقع كلامهم شهادة، ولا يحدون حد القذف لأنهم

قولهم عدول فلا ضمان على المزكين بالاتفاق إذا ظهروا عبيداً، فإذا زكوا كما قلنا فرجم ثم ظهر بعضهم كافراً أو عبداً فإما أن يستمر المزكون على تزكيتهم قائلين هم أحرار مسلمون فلا شيء عليهم اتفاقاً، ومعناه بعد ظهور كفرهم حكمهم بأنهم كانوا مسلمين، وإنما طرأ كفرهم بعد، وإن قالوا أخطأنا في ذلك فكذلك لا يضمنون بالاتفاق فلم يبق لصورة الرجوع التي فيها الخلاف إلا أن يقولوا تعمدنا فقلنا هم أحرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم، ففي هذه الصورة قال أبو حنيفة رحمه الله: الدية على المزكين، وقال أبو يوسف ومحمد: على بيت المال، وهو قول الأئمة الثلاثة. إذا عرف هذا فقول المصنف وقيل هذا إذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم ليس على ما ينبغي بعد قوله إذا رجعوا عن التزكية لأنه يوهم أن في صورة الرجوع الخلافية قولين أن يرجعوا بهذا الوجه أو بأعم منه وليس كذلك (لهما أنهم) لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وهو بالمباشرة أو التسبب وعدم المباشرة ظاهر، وكذا التسبب لأن سبب الإتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وإنما (أثنوا على الشهود خيراً فصار كما لو أثنوا على المشهود عليه بالإحصان) فكما لا يضمن شهود الإحصان بعد رجم المشهود عليه به إذا ظهر غير محصن لأنهم لم يثبتوا السبب كذلك لا يضمن المزكون (ولأبي حنيفة أن الشهادة) بالزنا (إنما تصير حجة) موجبة للحكم بالرجم على الحاكم (بالتزكية، فكانت التزكية في معنى علة العلة) للإتلاف لأنها موجبة موجبية الشهادة للحكم به وعلة العلة كالعلة في إضافة الحكم إليها على ما عرف، بخلاف الإحصان فإنه ليس موجباً للعقوبة ولا لتغليظها بل الزنا هو الموجب فعند الإحصان يوجبها غليظة لأنه كفران نعمة الله فلم تضف العقوبة إلى نفس الإحصان الذي هو النعمة بل إلى كفران النعمة فكانت الشهادة به شهادة بثبوت علامة على استحقاق تغليظ العقوبة، والسبب وضع الكفران في موضع الشكر، ثم أفاد المصنف أنه لا يشترط في التزكية لفظ الشهادة بأن قالوا نشهد أنهم أحرار الخ بل ذلك أو الإخبار كأن يقولوا هم أحرار، وكذا لا يشترط مجلس القضاء اتفاقاً،

مدحها، وتزكية الشهود الوصف بكونهم أزكياء، وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا (فرجم فظهر الشهود مجوساً أو عبيداً فالدية على المزكين عند أبي حنيفة، معناه إذا رجعوا عن التزكية، وقال أبو يوسف ومحمد: هو) أي الضمان (على بيت المال) ولما كان قوله رجعوا عن التزكية محتملاً أن يكون الرجوع بأن يقولوا أخطأنا وذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق وأن يكون بأن يقولوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم وهو محل النزاع. قال: (وقيل هذا إذا قالوا) يعني لو قالوا أخطأنا لما وجب الضمان بالاتفاق، قالا: المزكون ما أثبتوا سبب الإتلاف لأنه هو الزنا وما تعرضوا له، وإنما أثنوا على الشهود خيراً فكان كما أثنوا على المشهود عليه خيراً فكانوا في المعنى كشهود الإحصان، إذ إن أولئك أثبتوا خصالاً حميدة في الزاني وهؤلاء أثبتوا خصالاً حميدة في الشاهد، فكما لا ضمان على أولئك كذلك لا ضمان على هؤلاء. وقوله: (وله أن الشهادة) ظاهر. وقوله: (وهذا) يعني وجوب الضمان على قول أبي حنيفة. وقوله: (لأنه لم يقع كلامهم شهادة) فيه نظر لما تقدم أن كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء به وقد اتصل به القضاء، فما وجه قوله لأنه لم يقع كلامهم شهادة؟ والجواب أن القضاء لما ظهر خطؤه بيقين صار كأن لم يكن فلم يتصل القضاء بكلامهم فلم يصر شهادة. فإن قيل: فلم لا تحد الشهود؟ قلت: لأنهم قذفوا حياً ثم مات فلا يورث عنه، وإليه الإشارة في الكتاب. لا يقال: لم لم يجعل قذفاً للميت للحال بطريق الانقلاب كما في صورة الرجوع عن الشهادة. لأنا نقول: علة الانقلاب الرجوع عن الشهادة ولم يوجد. فإن قيل: لم لا يكون ظهورهم عبيداً أو مجوساً علة للانقلاب كالرجوع؟

قوله: (لما تقدم أن كلام كل منهم) أقول: في رأس الصحيفة.

قذفوا حياً وقد مات فلا يورث عنه (وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيداً فعلى القاتل الدية) وفي القياس يجب القصاص لأنه قتل نفساً معصومة بغير حق. وجه الإستحسان أن القضاء صحيح ظاهراً وقت القتل فأورث شبهة، بخلاف ما إذا قتله قبل القضاء لأن الشهادة لم تصر حجة بعد، ولأنه ظنه مباح الدم معتمداً على دليل مبيح فصار كما إذا ظنه حربياً وعليه علامتهم، وتجب الدية في ماله لأنه عمد، والعواقل لا تعقل العمد، ويجب ذلك في ثلاث سنين لأنه وجب بنفس القتل (وإن رجم ثم وجدوا عبيداً فالدية على بيت المال) لأنه امتثل أمر الإمام فنقل فعله إليه، ولو باشره بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا، بخلاف ما إذا

ثم لا يشترط العدد في المزكى عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد فيشترط الاثنين في سائر الحقوق الأربعة في الزنا، ويجوز شهادة رجل وامرأتين في الإحصان ثم لا يحد الشهود حد القذف لأنهم قذفوا حياً فمات ولا يورث استحقاق حد القذف. واعلم أنه وقع في المنظومة قوله:

على المزكين ضمان من رجم ... إن ظهر الشاهد عبداً وعلم
وأوجبا ضمان هذا المتلف ... من بيت مال المسلمين فاعرف
وفي المزكين إذا هم رجعوا ... كذا وقالوا عزروا وأوجعوا

وفي المختلف ما يوافق ما في المنظومة لأنه قال بعد ذكر الخلاف مطلقاً عن قيد الرجوع: وعلى هذا الخلاف إذا رجع المزكون. قال في المصفى شرح المنظومة: وهنا إشكال هائل، فإنا إن أوّلنا المسئلة بالرجوع يلزم التكرار وإن لم بالرجوع يلزم المخالفة بين الروايات فيحتمل أن يكون في المسئلة روايتان، ويدل عليه أنه ذكر فخر الإسلام في الجامع الصغير مطلقاً كما ذكر هنا، وفي الشرح خلافه ثم قال: ويحتمل أن يؤول بالرجوع ولا يلزم التكرار، لأن المسئلة فيما إذا ظهر الشهود عبيداً ورجع المزكون أيضاً. والمسئلة الثانية يعني التي في البيت الثالث فيما إذا رجع المزكون فحسب والتفاوت ظاهر اهـ. وعلى هذا فالخلاف في موضعين: ما إذا ظهروا عبيداً ورجعوا، وما إذا رجعوا فقط؛ وأما تعزيرهم فباتفاق. وقول صاحب المجمع: ولو شهدوا فزكوا فرجم ثم ظهر أحدهم عبداً فالضمان على المزكين إن تعمدوا. وقالا: في بيت المال. ولو رجع المزكون عزر، وإلا يفيد تحقق الخلاف في الضمان في مجرد رجوعهم، بل أفاد مجرد الاتفاق على التعزيز، فالإشكال قائم على صاحب المنظومة على ما مشى هو عليه. وحاصل الجمع اشتراط الرجوع مع الظهور لتحقق الخلاف فلا ينفرد الظهور بالتضمين الخلافي بل الاتفاق أنه في بيت المال كما سيذكر، وينفرد رجوع المزكين بالتضمين المختلف فيه أهو عليهم أو على بيت المال، وبه يزول الإشكال عنه، غير أن من العجب كون مجرد رجوع المزكين موجباً للضمان على الخلاف، ولا يذكر في الأصول كالجامع والأصل قوله: (وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه الخ) استوفى أقسامها في كافي حافظ الدين فقال: إن شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر الإمام برجمه فقتله رجل عمداً أو خطأ بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود في العمد والدية في الخطأ على عاقلته. وكذا إذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم، وإن قضى برجمه فقتله رجل عمداً أو خطأ لا شيء عليه، وإن قتله عمداً بعد القضاء ثم وجد الشهود عبيداً أو كفاراً أو محدودين في قذف فالقياس أن يجب القصاص لأنه قتل نفساً محقون الدم عمداً، لكنه لما ظهر أن الشهود عبيد تبين أن القضاء لم يصح ولم يصر مباح الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به، إذ المأمور به الرجم وهو قد حز رقبته فلم يوافق أمر القاضي ليصير فعله منقولاً إليه فبقي مقصوراً عليه.

فالجواب أن الانقلاب صيرورة الشهادة قذفاً، وكلامهم لم يقع شهادة. وقوله: (وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهراً وقت القتل) يعني أن القضاء وجد صورة وصورة قضاء القاضي تكفي لإيراث الشبهة، لأنه لو كان حقيقة كان مبيحاً للدم؛ فصورته تكون شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة في إسقاط الحدّ، ولهذا لا يجب القصاص على الوليّ إذا جاء المشهود بقتله حياً. وقوله: (وإن رجم) على بناء الفاعل: أي الرجل الذي ضرب عنقه لم يضربه وإنما رجمه (ثم وجدوا) أي الشهود (عبيداً فالدية على بيت المال

ضرب عنقه لأنه لم يأتمر أمره **(وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم)** لأنه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فأشبه الطبيب والقابلة **(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم)** معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لأن الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه، ولهذا لو

وفي الاستحسان: تجب الدية بأن قضاء القاضي بالرجم نفذ من حيث الظاهر، وحين قتله كان القضاء صحيحاً فأورث شبهة الإباحة، وهذا لأنه لو نفذ ظاهراً وباطناً تثبت حقيقة الإباحة، فإذا نفذ من وجه دون تثبت شبهة الإباحة، بخلاف ما لو قتله قبل القضاء لأن الشهادة لم تصر حجة: يعني فيقتص منه في العمد فصار كمن قتل إنساناً على ظن أنه حربي وعليه علامتهم ثم ظهر أنه مسلم فعليه الدية في ماله لأنه عمد، والعاقلة لا تعقل العمد وتجب في ثلاث سنين، لأنه وجب بنفس القتل، وما يجب بنفس القتل يجب مؤجلاً كالدية، بخلاف ما وجب بالصلح عن القود حيث يجب حالاً لأنه مال وجب بالعقد لا بنفس القتل فأشبه الثمن وما في الكتاب لا يخفى بعد ذلك. قوله: **(وإن رجم)** ضبطه الأساتذة بالبناء للفاعل ليرجع ضميره إلى الرجل في قوله فضرب رجل عنقه، ويطابق قول السرخسي في المبسوط ما في مبسوط شمس الأئمة حيث قال فيه: وإن كان هذا الرجل قتله رجماً ثم وجدوا عبيداً تجب الدية في بيت المال **(لما ذكرنا)** يعني في مسئلة الجلاد إذا جرح من قوله ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم **(وكذا هذا)** أي الرجل القاتل بالرجم بعد أمر القاضي **(بخلاف ما إذا ضرب عنقه)** ثم ظهروا عبيداً تجب الدية في ماله كما ذكرنا **(لأنه لم يأتمر أمره)** فلم ينتقل فعله إليه كما ذكرنا آنفاً، ولهذا يؤدبه على القتل بالسيف ولا يؤدبه هنا لأنه لم يخالف قوله: **(وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر)** أي إلى فرجيهما **(قبلت شهادتهم)** وبه قال الشافعي في المنصوص ومالك وأحمد لأنه لضرورة ثبوت القدرة على إقامة الحسبة، والنظر إلى العورة عند الحاجة لا يوجب فسقاً كنظر القابلة والخافضة والختان والطبيب. وعدّ في الخلاصة مواضع حل النظر إلى العورة للضرورة فزاد الاحتقان والبكارة في العنة والرد بالعيب، والمرأة في حق المرأة أولى، وإن لم توجد ستر ما وراء موضع الضرورة، بخلاف ما لو قالوا تعمدنا النظر للتلذذ لا تقبل إجماعاً. ونسب إلى بعض العلماء أنه لاتقبل شهادتهم إلا إذا لم يبينوا كيفية النظر فيحتمل أنه وقع اتفاقاً لا قصداً، وقلنا: إن النظر يباح للحاجة على ما قلنا قوله: **(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم)** قال المصنف **(معناه أنه ينكر الدخول بها بعد وجود سائر الشرائط)** أي شرائط الإحصان **(لأن الحكم)** شرعاً **(بثبوت النسب منه حكم بالدخول)** أي يستلزم ذلك **(ولذا لو طلقها)** طلقة **(يعقب الرجعة)** ولو كانت غير مدخول بها بانت بالواحدة الصريحة، والفرض أنهما مقران بالولد، ولو ثبت الدخول بشهادة شاهدين ثبت الإحصان، فإذا ثبت بشهادة الشرع وباقرارهما أولى، وعلى كون المعنى ما ذكر المصنف من أن الفرض وجود سائر شرائط الإحصان يدخل فيه أن بينهما نكاحاً صحيحاً، فما عن الأئمة الشافعي ومالك وأحمد من أنه لا يثبت بذلك لاحتمال كونه من دخول لا على وجه الصحة ليس بخلاف، لأن بفرض أنها امرأته لا يكون من وطء شبهة الغير المنكوحة ولا من نكاح فاسد لأن النكاح الفاسد لا يستمر ظاهراً مولداً على وجه الديمة والاستقرار كما يفيده قوله وله

لأنه امتثل أمر الإمام فنقل فعله) أي فعل الراجم **(إلى الإمام، ولو باشره)** الإمام **(بنفسه وجبت الدية في بيت المال لما ذكرنا)** أن فعل الجلاد ينتقل إلى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم **(كذا هذا، بخلاف ما إذا ضرب عنقه لأنه لم يأتمر أمره)** لأنه أمره بالرجم دون حزّ الرقبة فلم ينتقل فعله إليه. قوله: **(وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر إلى موضع الزنا من الزانيين قبلت شهادتهم)** لما ذكر في الكتاب وهو واضح. وفي الجامع الصغير لشمس الأئمة: قال بعض العلماء: لا تقبل شهادتهم لإقرارهم بالفسق على أنفسهم، فإن النظر إلى عورة الغير قصداً فسق، وإنما تقبل شهادتهم إذا لم يبينوا كيفية النظر لاحتمال أن يكون ذلك وقع اتفاقاً لا قصداً، ولكنا نقول: النظر إلى عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعاً، فإن الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة، وبالشهود حاجة إلى ذلك لأنهم ما لم يروا كالرشاء في البئر والميل في المكحلة لا يسعهم أن

طلقها يعقب الرجعة والإحصان يثبت بمثله (فإن لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم) خلافاً لزفر والشافعي؛ فالشافعي مر على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الأموال، وزفر يقول إنه شرط في معنى العلة لأن الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم إليه فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالاً للدرء، فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا. ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال

امرأة قوله: (فإن لم تكن ولدت منه وشهد عليه الخ) المقصود من هذه أن الإحصان يثبت بشهادة النساء مع الرجال خلافاً لزفر والشافعي ومالك وأحمد، إلا أن المبني مختلف، فعندهم شهادتين في غير الأموال لا تقبل، وعند زفر إن قبلت إلا أنه يقول الإحصان شرط في معنى العلة، والشأن إثبات أنه في معنى العلة ونفيه لأنه المدار فقال لأن تغليظ العقوبة يثبت عنده، بخلاف الشرط المحض (فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالاً للدرء وصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم) وهو محصن (أنه أعتقه قبل زناه لا تقبل) مع أن شهادة أهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة في غير هذه الحالة (لما ذكرنا) من أنه شرط في معنى العلة فصار كشهادتهم على زناه إذ كان المقصود تكميل العقوبة، ولزم من أصله هذا وهو أنه شرط في معنى العلة أنه إذا رجع شهود الإحصان يضمنون عنده وعندنا لا يضمنون إذ كان علامة محضة (ولنا) في نفي أنه في معنى العلة (أن الإحصان) ليس إلا (عبارة عن خصال حميدة) بعضها غير داخل تحت قدرته كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالإسلام وبعضها مندوب إليه كالنكاح الصحيح والدخول فيه، فلا يتصوّر كونها سبباً للعقوبة ولا سبباً لسببه فإن سببها المعصية، والإحصان بحسب الوضع مانع من سبب العقوبة لأنه سبب لضد سببها وهو الطاعة والشكر فيستحيل أن تكون في معنى علة الحكم وهو مانع لسببه، فالسبب ليس إلا الزنا إلا أنه مختلف الحكم ففي حال الإحصان حكمه الرجم وفي غيره الجلد، فكان الإحصان السابق على الزنا معرّفاً لخصوص الحكم، الثابت بالزنا أعني خصوص العقوبة، والعلامة المحضة قط لا يكون لها تأثير فلا تكون علة ولا في معناها فكيف يضاف الحكم إليها وظهر أن الواقع أن الإحصان يثبت معه بالزنا عقوبة غليظة، وبالشهادة يظهر ما ثبت بالزنا عند الحاكم، فلما لم يكن سبباً للعقوبة ولا علة جاز أن يدخل في إثباته شهادة النساء، كما لو شهدتا مع الرجل بالنكاح في غير هذه الحالة والدخول في غرض آخر كتكميل المهر حتى يثبت إحصانه، ثم اتفق أنه شهد عليه بالزنا أليس أنه يرجم كذا إذا شهدتا بعد ظهور الزنا به، فكما يثبت قبله لعدم كونه سبباً كذا بعده، وصار كما لو علق عتق عبده بظهور دين لفلان عليه فشهد اثنان بالدين عتق العبد، ولا يضاف العتق إلى الشهادة بالدين بل إلى المعلق، كذا هنا لا يضاف الرجم بعد الشهادة بالإحصان إلى هذه الشهادة بل إلى الزنا (بخلاف ما ذكر لأن العتق يثبت بشهادة الذميين) على الذمي بشهادتهما عليه بالاتفاق (وإنما لا يعتق بسبق التاريخ لأنه ينكره) العبد (المسلم أو يتضرر به) فلا تنفذ شهادتهما

يشهدوا. وقوله: (وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا) ظاهر. وقوله: (والإحصان يثبت بمثله) أي بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهة؛ ألا ترى أنه يثبت بشهادة رجل وامرأتين عندنا. فكذلك ههنا يثبت الدخول الذي هو من شروط الإحصان بالحكم بثبوت النسب. وقوله: (خلافاً لزفر والشافعي، فالشافعي مرّ على أصله، وزفر جعل الإحصان شرطاً في معنى العلة لأن الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم إليه فأشبه حقيقة العلة) ويترتب على ذلك أمران: أحدهما ما ذكره في الكتاب بأن شهادة النساء لا تقبل فيه. والثاني أن شهود الإحصان إذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده على ما سيأتي، لأن شهود العلة يضمنون عند الرجوع بالاتفاق. وقوله: (فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي الخ) يعني أن الزاني لو كان مملوكاً لذمي وهو مسلم فشهد ذميان أن مولاه الذمي أعتقه قبل الزنا يرجم مع أن شهادة أهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة لكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة أهل الذمة فهذا مثله. وقوله: (لما ذكرنا) يعني أن الإحصان شرط في معنى العلة (ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال الحميدة) بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل، وبعضها فرض عليه كالإسلام، وبعضها مندوب إليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة (والحال أنه مانع عن الزنا على ما ذكرنا) قبل باب الوطء الذي يوجب الحد فيكون الكل مزجرة، وكل ما

الحميدة، وإنها مانعة من الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما إذا شهدوا به في غير هذه الحالة، بخلاف ما ذكر لأن العتق يثبت بشهادتهما، وإنما لا يثبت سبق التاريخ لأنه ينكره المسلم أو يتضرّر به المسلم (فإن رجع شهود الإحصان لا يضمنون) عندنا خلافاً لزفر وهو فرع ما تقدم.

عليه لأنه تتغلظ العقوبة عليه فتصير مائة بعد أن كانت خمسين. واستشكل كونه ليس في معنى العلة للحدّ بأنه لو أقرّ بالإحصان ثم رجع عنه صح رجوعه كالزنا ولذا تقبل بينة الإحصان حسبة بلا دعوى، فيجب أن يشترط في الشهادة به الذكورة كالتزكية عند أبي حنيفة. أجيب بأن صحة الرجوع لا تتوقف على كون المقر به علة للعقوبة بل على كون المقر به لا مكذب له فيه إذا رجع عنه ولا مكذب له في سبب الحد، بخلاف الإقرار بالدين فإن المقرّ له يكذبه في رجوعه، وإنما صحت الحسبة فيه لأنه من إظهار حق الله تعالى، والمانع من شهادة النساء ليس هذا القدر بل كونه سبباً لأصل العقوبة، فحين ثبتت العقوبة بشهادة الرجال بسببها كان كالشهادة على عتق الأمة تسمع بلا دعوى عند أبي حنيفة لتضمنه تحريم الفرج.

[فروع من المبسوط] شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان، فشهد رجلان أنه تزوّج امرأة نكاحاً صحيحاً ودخل بها يثبت الإحصان فيرجم. وعند محمد لا يثبت فلا يرجم، كما لو شهد أنه أقربها أو أتاها فهذا ليس بصريح، وهذا لأن الدخول يراد به الجماع ويراد به الخلوة ولا يثبت الإحصان بالشك. ولهما أن الدخول يراد به الجماع عرفاً مستمراً حتى صار يتبادر مع النكاح والتزويج والنساء، قال الله تعالى ﴿من نسائكم اللاتي دخلتم بهن﴾ [النساء ٢٣] فلا إجمال فيه عرفاً فكانت كشهادتهم على الجماع. ولو شهد أربعة على الزنا بفلانة وأربعة غيرهم شهدوا به بامرأة أخرى فرجم فرجع الفريقان ضمنوا ديته إجماعاً، وحدوا للقذف عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد لا يحدون لأن رجوع كل فريق معتبر في حقهم لا في حق غيرهم فصار في حق كل فريق كأن الفريق الآخر ثابت على الشهادة، ولهما أن كل فريق أقرّ على نفسه بالتزام حد القذف لأن كل فريق يقول إنه عفيف قتل ظلماً وأنهم قذفه بغير حق. ولو شهد أربعة على رجل بالزنا فأقر مرة بعد حد عند محمد لأن البينة وقعت معتبرة فلا تبطل إلا بإقرار معتبر والإقرار مرة هنا كالعدم. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يحد، وهو الأصح لأن شرط قبول البينة إنكار الخصم وهو مقر ولا حكم لإقراره فبطل الحد، ولأن الإقرار وإن فسد حكماً فصورته قائمة فيورث شبهة.

يكون مانعاً عن الزنا لا يكون علة للعقوبة الغليظة (وصار كما إذا شهدوا به) أي بالنكاح (في غير هذه الحالة) يعني لو شهد رجل وامرأتان أن فلاناً تزوّج هذه المرأة ودخل بها في غير حالة الزنا قبلت شهادتهم فكذلك ههنا (بخلاف ما ذكر) يعني زفر من شهادة الذميين على ذمي أنه أعتق عبده قبل الزنا (لأن العتق) هناك (يثبت) أيضاً (بشهادتهما وإنما لا يثبت سبق التاريخ لأنه) تاريخ (ينكره المسلم أو يتضرر به) من حيث إقامة العقوبة الكاملة عليه، وما ينكره المسلم أو يتضرر به لا يثبت بشهادة أهل الذمة. فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولاً بجواز شهادة الكافر على المسلم. وقوله: (فإن رجع شهود الإحصان لا يضمنون) أحد الأمرين المترتبين على الأصل الذي ذكرناه من قبل، والله أعلم.

باب حد الشرب

(ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاءوا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد، وكذلك إذا

باب حد الشرب

قدم حدّ الزنا عليه لأن سببه أعظم جرماً ولذا كان حدّه أشد، وأخر عنه حد الشرب لتيقن سببه، بخلاف حد القذف لأن سببه هو القذف قد يكون صدقاً، وأخر حد السرقة وإن كان أشد لأن شرعيته لصيانة أموال الناس، وصيانة الأنساب والعقل آكد من صيانة المال. بقي أنه أخره عن حدّ القذف لأن المال دون العرض فإنه جعل وقاية للنفس عن كل ما تكره قوله: (ومن شرب الخمر فأخذ) أي إلى الحاكم (وريحها موجودة) وهو غير سكران منها ويعرف كونه يحد إذا كان سكران بطريق الدلالة (أو سكران) أي جاءوا به إليه وهو سكران من غير الخمر من النبيذ (فشهد الشهود عليه بذلك) أي بالشرب في الأول وهو عدم السكر منها. وفي الثاني وهو السكر من غيرها (فإنه يحد) والشهادة بكل منهما مقيدة بوجود الرائحة فلا بد مع شهادتهما بالشرب أن يثبت عند الحاكم أن الريح قائم حال الشهادة وهو بأن يشهدا به وبالشرب أو يشهدا بالشرب فقط فيأمر القاضي باستنكاهه فيستنكه ويخبره بأن ريحها موجود، وأما إذا جاءوا به من بعيد فزالت الرائحة فلا بد أن يشهدا بالشرب ويقولا أخذناه وريحها موجود لأن مجيئهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم أخذوه في حال قيام الرائحة فيحتاجون إلى ذكر ذلك الحاكم خصوصاً بعد ما حملنا كونه سكران من غير الخمر فإن ريح الخمر لا توجد من السكران من غيرها، ولكن المراد هذا لأن الحد لا يجب عند أبي حنيفة وأبي يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة، فالمراد بالثاني أن يشهدوا بأنه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر الذي هو غير الخمر (وكذلك) عليه الحد (إذا أقرّ وريحها موجود لأن جناية الشرب قد ظهرت) بالبينة والإقرار (ولم يتقادم العهد. والأصل في ثبوت حد الشرب قوله ﷺ «من شرب الخمر فاجلدوه، ثم إن شرب فاجلدوه») إلى أن قال «فإن عاد الرابعة

باب حد الشرب

إنما أخر حدّ الشرب عن حد الزنا لأن جريمة الزنا أشد من جريمة شرب الخمر فإنه بمنزلة قتل النفس، فإن الله تعالى قرن ذكره بعبادة الأصنام وقتل النفس حيث قال تعالى ﴿والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر ولا يقتلون النفس التي حرّم الله إلا بالحق ولا يزنون﴾ ولهذا لم يحل في دين من الأديان وأخر حدّ القذف عن حدّ الشرب لما أن جريمة الشرب متيقن بها، بخلاف جريمة القذف فإن القذف خبر محتمل بين الصدق والكذب، ولهذا كان ضرب حد القذف أخف من ضرب حدّ الشرب لضعف في ثبوت القذف لجواز أن يكون صادقاً في نسبته إلى الزنا فلا يكون قذفاً (ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاءوا به سكران فشهد الشهود عليه) أي على الشارب (بذلك) أي بشرب الخمر ووجود الرائحة من باب قوله تعالى ﴿عوان بين ذلك﴾ (أو شهدوا على شرب الخمر مع مجيئهم به وهو سكران فعليه الحد) وظاهره يقتضي أن لا تشترط الرائحة بعد ما شهد الشهود عليه بالسكر من الخمر، ولكن الروايات في الشروح مقيدة بوجود الرائحة في حق وجوب الحد على شارب الخمر عند أبي حنيفة وأبي يوسف سواء ثبت وجوب الحد بالشهادة أو بالإقرار (والأصل فيه) أي في وجوب الحدّ قوله ﷺ «من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه» قيل تمام الحديث «فإن عاد فاقتلوه» وهو متروك العمل به فليكن الباقي كذلك. وأجيب بأنه ترك العمل بذلك لمعارض وهو قوله عليه الصلاة والسلام «لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث» وليس شرب الخمر منها، فبقي الباقي معمولاً به لعدم

باب حد الشرب

قال المصنف: (ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة) أقول: حين الأخذ ولا تمس الحاجة إلى وجوده عند الحضور إلى مجلس القاضي كما ستعلم عن قريب قال المصنف: (أو جاءوا به سكران) أقول: الباء للتعدية قوله: (ووجود الرائحة من باب قوله تعالى إلخ) أقول: وسيجيء نظيره في أوائل باب حد القذف.

أقرّ وريحها موجودة) لأن جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد. والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «من شرب

فاقتلوه»[1] أخرجه أصحاب السنن إلا النسائي من حديث معاوية. وروي من حديث أبي هريرة «فإذا سكر فاجلدوه، ثم إن سكر»[2] الخ. قال الترمذي: سمعت محمد بن إسماعيل يقول: حديث أبي صالح عن معاوية أصح من حديث أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه، وصححه الذهبي. ورواه الحاكم في المستدرك وابن حبان في صحيحه والنسائي في سننه الكبرى ثم نسخ القتل. أخرج النسائي في سننه الكبرى عن محمد بن إسحق عن محمد بن المنكدر عن جابر مرفوعاً «من شرب الخمر فاجلدوه» الخ، قال «ثم أتي النبي ﷺ برجل قد شرب الخمر في الرابعة فجلده ولم يقتله» وزاد في لفظ «فرأى المسلمون أن الحد قد وقع وأن القتل قد ارتفع»[3] ورواه البزار في مسنده عن ابن إسحق به «أنه عليه الصلاة والسلام أتي بالنعمان قد شرب الخمر ثلاثاً فأمر به فضرب، فلما كان في الرابعة أمر به فجلد الحد، فكان نسخاً»[4] وروى أبو داود في سننه قال: حدثنا أحمد بن عبدة الضبي، حدثنا سفيان. قال الزهري: أنبأنا قبيصة بن ذؤيب أن النبي ﷺ قال «من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد في الثالثة أو الرابعة فاقتلوه، فأتي برجل قد شرب فجلده، ثم أتي به فجلده، ثم أتي به فجلده، ورفع القتل وكانت رخصة وقال سفيان: حدث

المعارض. وقوله: (فإن أقرّ بعد ذهاب رائحتها) واضح. وقوله: (غير أنه مقدر بالزمان عنده) أي عند محمد وهو الشهر (اعتباراً بحد الزنا) وقوله: (وهذا) يعني تقدير الزمان وعدم اعتبار الرائحة (لأن التأخير يتحقق بمضيّ الزمان) فلا بد من تقدير زمان، وأما أن ذلك ستة أشهر أو شهر واحد فيعلم في موضع آخر (وأما عدم اعتبار الرائحة فلأنها محتملة أن تكون من غيرها كما

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٤٤٨٢ والترمذي ١٤٤٤ والنسائي في الكبرىٰ كما في تحفة الأشراف ٨/ ٤٤٤ . ٤٣٩ وابن ماجه ٢٥٧٣ والطحاوي ٣/ ١٥٩ وابن حبان ٤٤٤٦ والحاكم ٤/ ٣٧٢ وعبد الرزاق ١٧٠٨٧ وأحمد ٤/ ٩٥ . ٩٣ . ٩٦ . ١٠١ والطبراني ١٩/ ٧٦٧ . ٨٤٣ . ٨٤٥ والبيهقي ٨/ ٣١٣ وأبو يعلىٰ ٧٣٦٣ وابن حزم في المحلىٰ ١١/ ٣٦٦ من طرق كلهم من حديث معاوية بن أبي سفيان، ورجاله ثقات كلهم رجال البخاري ومسلم سكت عليه الحكم: وقال الذهبي: قلت: صحيح اهـ وشاهده الآتي.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٤٤٨٤ والنسائي ٨/ ٣١٤ وابن الجارود ٨٣١ والطيالسي ٢٣٣٧ وابن ماجه ٢٥٧٢ وابن حبان ٤٤٤٧ والحاكم ٤/ ٣٧١ والطحاوي ٣/ ١٥٩ وعبد الرزاق ١٧٠٨١ وأحمد ٢/ ٢٨٠ . ٥١٩ والنسائي كما في تحفة الأشراف ٩/ ٤١٩ في الكبرىٰ والبيهقي ٨/ ٣١٣ من طرق كلهم عن أبي هريرة موفوعاً: «إذا سكر فاجلدوه، ثم إن سكر فاجلدوه، فإن عاد الرابعة فاقتلوه» هذا لفظ أبي داود.
ورواه الترمذي بأثر حديث ١٤٤٤
ونقل الترمذي عن البخاري قوله: حديث أبي صالح عن معاوية أصح من أبي صالح عن أبي هريرة اهـ.
قلت: لكن رواية أبي صالح عن أبي هريرة لم يتفرد بها، فقد تابعه علىٰ أبي هريرة أبو سلمة. هكذا رواه أبو داود والطيالسي وابن حبان وابن الجارود وغيرهما فالحديث عن أبي هريرة ثابت أيضاً، وقد صححه الحاكم علىٰ شرطهما وأقره الذهبي، وهو كما قالا.
وورد من حديث جرير. أخرجه الحاكم ٤/ ٣٧١ وسكت عليه هو والذهبي، وفيه ضعف لكنه شاهد.
وأخرج أبو داود ٤٤٨٣ والحاكم ٤/ ٣٧١ كلاهما من حديث ابن عمر وكذا النسائي ٨/ ٣١٣ وصححه الحاكم علىٰ شرطهما، وأقره والذهبي.
وأخرجه الحاكم ٤/ ٣٧٢ من حديث عمرو بن الشَّرِيد وصححه علىٰ شروط مسلم، ووافقه الذهبي.
وأخرجه الحاكم ٤/ ٣٧٢ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص وسكت عليه وفيه شهر بن حوشب فيه كلام لكن الحديث شاهد لغيره وهو عند أحمد ٢/ ١٣٦ . ١٩١ . ٢١٤ وأخرجه الحاكم ٤/ ٣٧٢ . ٣٧٣ من حديث شرحبيل بن أوس وسكت عليه هو، والذهبي، وهو عند أحمد ٤/ ٢٣٤
الخلاصة: فهذا حديث ثابت صحيح. لكن حمله عامة الفقهاء علىٰ أنه منسوخ.

(٣) حسن. النسائي في الكبرىٰ كما في نصب الراية ٣/ ٣٤٧ والترمذي بإثر حديث ١٤٤٤ والحاكم ٤/ ٣٧٣ لكن اختصره وكذا البزار كما في المجمع ٦/ ٢٧٨ كلهم من طريق ابن إسحق عن ابن المنكدر عن جابر زاد بعضهم علىٰ بعض فيه. وإسناده حسن لأجل ابن إسحق.
ورواه الطحاوي ٣/ ١٦١ من طريق ابن إسحق أيضاً وقال الطحاوي: فثبت الجلد، ودرىء القتل.
وقد توبع ابن إسحق فقد أخرجه الطحاوي ٣/ ١٦١ عن عمرو بن الحارث عن ابن المنكدر مرسلاً.
ورواه الحاكم ٤/ ٣٧٢ عن معمر عن ابن المنكدر مرسلاً أيضاً فالحديث حسن وله شاهد، وهو حديث قُبيصة الآتي

(٤) حسن. أخرجه البزار، وتقدم في الذي قبله.

الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه» (وإن أقرّ بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يحد) وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها والسكر لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يحد، فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق، غير أنه مقدّر بالزمان عنده اعتباراً بحد الزنا، وهذا لأن التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره، كما قيل:

يقولون لي إنكه شربت مدامة   فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

الزهري بهذا الحديث وعنده منصور بن المعتمر ومخول بن راشد فقال لهما: كونا وافدي أهل العراق بهذا الحديث[1] اهـ. وقبيصة في صحبته خلاف. وإثبات النسخ بهذا أحسن مما أثبته به المصنف في كتاب الأشربة من قوله عليه الصلاة والسلام «لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث»[2] الحديث، فإنه موقوف على ثبوت التاريخ. نعم يمكن أن يوجه بالنسخ الاجتهادي: أي تعارضاً في القتل فرجح النافي له فيلزم الحكم بنسخه فإن هذا لازم في كل ترجيح عند التعارض قوله: (وإن أقرّ بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يحد، وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها) أو ذهب السكر من غيرها (ولم يحد عنه أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد يحد، فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه) أي هذا التقادم (مقدّر بالزمان عند محمد اعتباراً بحد الزنا) أنه ستة أشهر أو مفوّض إلى رأي القاضي أو بشهر وهو المختار (وهذا لأن التأخير يتحقق بمضي الزمان) بلا شك (بخلاف الرائحة لأنها قد تكون من غيره كما قيل:

يقولون لي إنكه شربت مدامة   فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا)

وانكه بوزن امنع، ونكه من بابه؛ أي أظهر رائحة فمه، وقال الآخر:

سفرجلة تحكي ثديّ النواهد   لها عرف ذي فسق وصفرة زاهد

فظهر أن رائحة الخمر مما تلتبس بغيرها فلا يناط شيء من الأحكام بوجودها ولا بذهابها، ولو سلمنا أنها لا تلتبس على

قيل:

يقولون إلى إنكه قد شربت مدامة   فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا)

وهذه الرواية وهي رواية المطرزي بكلمة قد، وقد روي بدونها وهي رواية الفقهاء، فعلى الأولى تسقط همزة الوصل من انكه في اللفظ، وعلى الثانية تحرك بالكسر لضرورة الشعر والمدامة بمعنى المدام وهو الخمر (وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه) (ولأن) المعتبر في ذلك القرب و (قيام الأثر) وهو الرائحة (من أقوى الدلائل على

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٤٨٥ بهذا التمام وكذا الترمذي بإثر حديث ١٤٤٤ والطحاوي ٣/ ١٦١ والشافعي في الأم ٦/ ١٤٤ والحازمي في الاعتبار ص ٢٠١ كلهم من ابن عيينة عن الزهري عن قُبيصة بن ذؤيب.

ونقل الحازمي عن الشافعي قوله: والقتل منسوخ بهذا الحديث وغيره وهذا مالا اختلاف فيه عند أحد من أهل العلم علمته اهـ.

وقال الترمذي: والعمل على هذا عند عامة أهل العلم لا نعلم بينهم اختلافاً في ذلك في القديم والحديث. ويقويه حديث: «لا يحل دم امرىء مسلم...» الحديث اهـ. وهذا الأخير رواه الجماعة من وجوه.

وقبيصة، وإن كان قد اختلف في صحبته إلا أنّه ثقة، وقد قال ابن حجر في الفتح ١٢/ ٨٠: ولد في عهد النبي ﷺ، وهو من أولاد الصحابة، ورجاله ثقات مع الرسالة

وقال الترمذي في علله: جميع ما في السنن ـ أي سنن الترمذي ـ معمول فيه إلا حديث الجمع بين الصلاتين في الحضر، وهذا الحديث. وقال ابن المنذر: نسخ القتل بالأخبار الثابتة، وبإجماع أهل العلم إلا من شذَّ ممن لا يعد خلافه خلافاً.

قال ابن حجر: يريد أهل الظاهر وقد مشى ابن حزم على خلاف الجمهور اهـ باختصار كلام ابن حجر.

وقال النووي في شرح مسلم ٥/ ٢٩٨: دل الإجماع على نسخه.

(٢) حديث: «لا يحل دم امرىء مسلم...» رواه الجماعة من وجوه، وقد تقدم تخريجه.

وعندهما يقدّر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود: فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه. ولأن قيام الأثر من أقوى دلالة على القرب، وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره، والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل، وإنما تشتبه على الجهال. وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره. وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة، لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة، ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا

ذوي المعرفة فلا موجب لتقييد العمل بالبينة بوجودها، لأن المعقول تقيد قبولها بعدم التهمة والتهمة لا تتحقق في الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تأخير الأداء تأخيراً يعد تفريطاً، وذلك منتف في تأخير يوم ونحوه وبه تذهب الرائحة. أجاب المصنف وغيره بما حاصله أن اشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة عرف من قول ابن مسعود، وهو ما روى عبد الرزاق: حدثنا سفيان الثوري عن يحيى بن عبد الله التيمي الجابر عن أبي ماجد الحنفي، قال: جاء رجل بابن أخ له سكران إلى عبد الله بن مسعود، فقال عبد الله: ترتروه ومزمزوه واستنكهوه، ففعلوا فرفعه إلى السجن، ثم عاد به من الغد ودعا بسوط ثم أمر فدقت ثمرته بين حجرين حتى صارت درة، ثم قال للجلاد: اجلد وارجع يدك وأعط كل عضو حقه. ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبراني ورواه إسحاق بن راهوية: أخبرنا جرير عن عبد الحميد عن يحيى بن عبدالله الجابر به[(١)]. ودفع بأن محل النزاع كون الشهادة لا يعمل بها إلا مع قيام الرائحة. والحديث المذكور عن ابن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل بها لعدم الرائحة وقت أدائها بل ولا إقرار، إنما فيه أنه حده بظهور الرائحة بالترترة والمزمزة. والمزمزة التحريك بعنف. والترترة والتلتلة التحريك، وهما بتاءين مثناتين من فوق. قال ذو الرمة يصف بعيرا:

بعيد مساف الخطو غوج شمردل ... تقطع أنفاس المهارى تلاتله

أي حركاته. والمساف جمع مسافة. والغوج المعجمة الواسع الصدر. ومعنى تقطيع تلاتله أنفاس المهارى: أنه إذا باراها في السير أظهر في أنفاسها الضيق والتتابع لما يجهدها، وإنما فعله لأن بالتحريك تظهر الرائحة من المعدة التي كانت خفيت وكان ذلك مذهبه. ويدل عليه ما في الصحيحين عن ابن مسعود «أنه قرأ سورة يوسف فقال رجل: ما هكذا أنزلت، فقال عبد الله: والله لقد قرأتها على رسول الله ﷺ فقال أحسنت، فبينا هو يكلمه إذ وجد منه رائحة الخمر،

القرب) وقوله: (وإنما يصار إلى التقدير بالزمان) جواب عن الاعتبار بالزمان: أي إنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار الأثر. وقوله: (والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل) جواب عن قوله والرائحة قد تكون من غيره هذا بالنسبة إلى الإثبات بالبينة (وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره) ان الإنسان لا يكون متهما بالنسبة إلى نفسه (وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة، لأن حدّ الشرب ثبت بإجماع الصحابة، ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا) يعني قوله «فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه» وفيه نظر لأن الإجماع انعقد على ثبوت حد الشرب باتفاق ابن مسعود، ولكن لا دليل على أن الشرط الذي شرطه ابن مسعود وهو قيام الرائحة أجمع عليه الباقون، وأيضاً كلام ابن مسعود شرطية

قوله: (ولكن لا دليل على أن الشرط الذي شرطه ابن مسعود) أقول: شرط ابن مسعود قيام الرائحة ولم ينقل عن غيره خلافه فحل محل الإجماع، ويقرب منه ما ذكروا في باب الشهادة على الشهادة في وجه الاستدلال بما روي عن علي رضي الله عنه على كفاية الاثنين في الشهادة على شهادة رجلين عندنا فراجعه قوله: (وأيضاً ذكر في أول الباب إلخ) أقول: ذكره في أول الباب ليس إلا لكونه سند الإجماع الذي يثبت به الحد، لا لكونه مما يثبت به الحد ابتداء، فإنه لم تمكنت فيه الشبهة بالتخصيص لم يجز إيجاب الحد به، وقوله والأصل فيه لا يبعد أن يكون منبهاً على ما ذكرنا فليتنبه قوله: (وأيضاً اشتراط الرائحة مناف لإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام «من شرب الخمر فاجلدوه») أقول: وجوابه أنه خص منه الشرب اضطراراً وإكراهاً فتمكنت فيه الشبهة فلا يصح إيجاد الحد به، كذا في الكافي، ويجوز أن يقال أيضاً: لما خص منه ما ذكر يجوز أن يخص ما زال رائحته بالقياس.

---

(١) هذه الآثار في نصب الراية ٣/ ٣٤٩ والدراية ٢/ ١٠٥.

(وإن أخذه الشهود وريحها توجد منه أو سكران فذهبوا به من مصر إلى مصر فيه الإمام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حدّ في قولهم جميعاً) لأن هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله **(ومن سكر من النبيذ حد)** لما روي

فقال: أتشرب الخمر وتكذب بالكتاب، فضربه الحد»[1]. وأخرج الدارقطني بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب أنه ضرب رجلاً وجد منه ريح الخمر، وفي لفظ ريح شراب. والحاصل أن حده عند وجود الريح مع عدم البينة والإقرار لا يستلزم اشتراط الرائحة مع أحدهما، ثم هو مذهب بعض العلماء منهم مالك وقول للشافعي، ورواية عن أحمد، والأصح عن الشافعي وأكثر أهل العلم نفيه، وما ذكرناه عن عمر يعارض ما ذكر عنه أنه عزّر من وجد منه الرائحة، ويترجح لأنه أصح، وإن قال ابن المنذر ثبت عن عمر أنه جلد من وجد منه ريح الخمر حداً تاماً، وقد استبعد بعض أهل العلم حديث ابن مسعود من جهة المعنى، وهو أن الأصل في الحدود إذا جاء صاحبها مقرّاً أن يردّ أو يدرأ ما استطيع فكيف يأمر ابن مسعود بالمزمزة عند عدم الرائحة ليظهر الريح فيحدّه، فإن صح فتأويله أنه كان رجلاً مولعاً بالشراب مدمناً عليه فاستجاز ذلك فيه. وأما قوله: **(ولأن قيام الرائحة من أقوى دلالة على القرب، وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار القرب)** ثم أجاب عما يتوهم من أن الرائحة مشتبهة بقوله: **(والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل، وإنما تشتبه على الجهال)** فليس بمفيد لأن كونها دليلاً على القرب لا يستلزم انحصار القرب فيها ليلزم من انتفائها ثبوت البعد والتقادم، لأن القرب يتحقق بصور كثيرة لا بصورة واحدة هي عند قيام الرائحة لأن ذلك عين المتنازع فيه وهو المانع، فقوله بعده وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره إن أراد أن اعتبار القرب بالرائحة فهو محل النزاع فقول محمد هو الصحيح قوله: **(وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا)** لا يبطل الإقرار بالتقادم اتفاقاً **(على ما مر تقريره)** من أن البطلان للتهمة والإنسان لا يتهم على نفسه **(وعندهما لا يقام الحد)** على المقر بالشرب **(إلا)** إذا أقرّ **(عند قيام الرائحة لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة)** رضي الله عنهم **(ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا)**[2] بمعنى أنه لم يقل بالحد إلا إذا كان مع الرائحة فيبقى انتفاؤه في غيرها بالأصل لا مضافاً إلى لفظ الشرط، وأما إضافة ثبوته إلى الإجماع بعد قوله والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام الخ فقيل لأنه من الآحاد، وبمثله لا يثبت الحد والإجماع قطعي. ولا يخفى أن هذا مذهب الكرخي، فأما قول الجصاص وهو قول أبي يوسف فيثبت الحد بالآحاد بعد الصحة وقطعية الدلالة وهو المرجح، فإن كان المصنف يرى أنه لا يثبت به أشكل عليه جعله إياه أوّلاً الأصل، وإن لم يره أشكل نسبة الإثبات إلى الإجماع، وأنت علمت أنه إنما ألزم قيامها عند الحد بلا إقرار ولا بينة كما هو ظاهر ما قدمناه، فإن ادعى أن ذلك كان مع إقراره فليبين في الرواية، وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال: هذا أعظم عندي من القول أن يبطل الحد بالإقرار وأنا أقيم عليه الحد وإن جاء بعد أربعين عاماً قوله: **(فإن أخذه الشهود وريحها توجد منه أو سكران)** من غيرها وريح ذلك الشراب يوجد منه **(وذهبوا به**

والشرطية تفيد الوجود عند الوجود لا غير. وجواب الإمام فخر الإسلام بأن العدم عند العدم ليس من مفهوم الشرط بل من انتفاء المجمع عليه مدفوع بما ذكرنا أوّلاً، وأيضاً ذكر في أول الباب أنه ثابت بقوله ﷺ «من شرب الخمر فاجلدوه» وقال ههنا إنه ثابت بإجماع الصحابة وهما متنافيان، وأيضاً اشتراط الرائحة متاف لإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام «من شرب الخمر فاجلدوه» وقوله: (وريحها توجد منه) ظاهر. قال: (ومن سكر من النبيذ حد) النبيذ يقع على نبيذ الزبيب والتمر، وما يتخذ من الزبيب شيئان: نقيع ونبيذ. فالنقيع أن ينقع الزبيب في الماء ويترك أياماً حتى تخرج حلاوته إلى الماء ثم يطبخ أدنى طبخ، فما دام حلواً

---

(١) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ٥٠٠١ ك ٦٦ ب ٨ ومسلم ٨٠١ كلاهما عن علقمة عن ابن مسعود قال: كنت بحمص.. فذكره. ورواية مسلم: كنا بحمص..

(٢) أثر ابن مسعود موقوف. وتقدم أنه لم يوجد بهذا اللفظ كما قال الزيلعي في ٣/٣٤٩ وقد قال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٠٥ قول صاحب الهداية: وقد شرط . أي ابن مسعود . قيام الرائحة فعقبه ابن حجر بقوله: كذا قال. وليس في قصة ابن مسعود شرط.

أن عمر أقام الحد على أعرابيّ سكر من النبيذ. وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه إن شاء الله

إلى مصر فيه الإمام) أو مكان بعيد **(فانقطع ذلك)** أي الريح **(قبل أن ينتهوا به)** إليه **(حد في قولهم جميعاً)** لأن التأخير إلى انقطاعها لعذر بعد المسافة فلا يتهم في هذا التأخير، والأصل أن قوماً شهدوا عند عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمله إلى المدينة فأقام عليه الحد قوله: **(ومن سكر من النبيذ حد)** فالحد إنما يتعلق في غير الخمر من الأنبذة بالسكر، وفي الخمر بشرب قطرة واحدة، وعند الأئمة الثلاثة كل ما أسكر كثيره حرم قليله وحد به لقوله عليه الصلاة والسلام «كل مسكر خمر»[(١)] رواه مسلم، فهذان مطلوبان، ويستدلون تارة بالقياس وتارة بالسماع. أما السماع فتارة بالاستدلال على أن اسم الخمر لغة لكل ما خامر العقل وتارة بغير ذلك، فمن الأول ما في الصحيحين من حديث ابن عمر: «نزل تحريم الخمر وهي من خمسة العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير»[(٢)]. وما في مسلم عنه عليه الصلاة والسلام «كل مسكر خمر وكل مسكر حرام» وفي رواية أحمد وابن حبان في صحيحه وعبد الرزاق «وكل خمر حرام»[(٣)] وأما ما يقال من أن ابن معين طعن في هذا الحديث فلم يوجد في شيء من كتب الحديث، وكيف له بذلك وقد روى الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «الخمر من هاتين الشجرتين: النخلة والعنبة»[(٤)] وفي الصحيحين من حديث أنس: كنت ساقي القوم يوم حرّمت الخمر وما شرابهم إلا الفضيخ البسر والتمر[(٥)]. وفي صحيح البخاري قول عمر رضي الله عنه: الخمر ما خامر العقل[(٦)]. وإذا ثبت عموم الاسم ثبت تحريم هذه الأشربة

يحل شربه، وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم. وأما النبيذ فهو الذي من ماء الزبيب إذا طبخ أدنى طبخ يحل شربه ما دام حلواً فإذا غلا واشتد قذف بالزبد على قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف الآخر يحل شربه ما دون السكر. وعند محمد والشافعي لا يحل

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٢٠٠٣ حـ ٧٥ والنسائي ٨/ ٣٢٤ ماجه ٣٣٨٧ وابن الجارود ٨٥٧ وابن أبي شيبة ٨/ ١٠١ وأحمد ٢/ ٢٩. ١٣٤ في مسنده وفي كتاب الأشربة ٧٥ و ١٨٩ و ١٩٥ والدارقطني ٤/ ٢٤٨. ٢٤٩. ٢٥٠ وابن حبان ٥٣٥٤ والبيهقي ٨/ ٢٩٦ والطبراني في الصغير ١٤٣ من طرق كلهم من حديث ابن عمر وتمامه: «وكل خمر حرام».

هذا لفظ مسلم، وابن حبان وغيرهما.

ورواية لمسلم حـ ٧٤ بلفظ: كل مسكر خمر وكل مسكر حرام وهكذا النسائي ٨/ ٢٩٧ وابن ماجه ٣٣٩٠ وأحمد ٢/ ١٦ وأخرجه مسلم ٢٠٠٣ حـ ٧٣ وأبو داود ٣٦٧٩ والترمذي ١٨٦١ فزادوا: «ومن شرب الخمر في الدنيا فمات، يدمنها لم يتب لم يشربها في الآخرة» وهكذا رواه مالك ٢/ ٧٤٦ والبخاري ٥٥٧٥.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ٥٥٨١ و ٥٥٨٩ و ٥٥٨٨ ومسلم ٣٠٣٢ من طرق وأبو داود ٣٦٦٩ والترمذي ١٨٧٤ والنسائي ٨/ ٢٩٥. ٢٨٨. ٢٩٨ وابن أبي شيبة ٨/ ١٠٦ وعبد الرزاق ١٧٠٤٩ و ١٧٥٠ و ١٧٠٥١ وأحمد في الأشربة ١٨٥. ٢٤ وابن حبان ٥٣٥٣ و ٥٣٥٨ و ٥٣٥٩ و ٥٣٨٨ وابن الجارود ٨٥٤ والبيهقي ٨/ ٢٨٨. ٢٨٩ والبغوي ٣٠١١ والدارقطني ٤/ ٢٤٨. ٢٥٢ من طرق كلهم عن ابن عمر قال: «سمعت عمر على منبر رسول الله ﷺ يقول: أيها الناس إنما نزل تحريم الخمر، وهي من خمسة من العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير، والخمر ما خامر العقل. وددت أن رسول الله ﷺ عهد إلينا عهداً ننتهي إليه. الجدُّ، والكلالة، وأبواب من أبواب الربا».

ورووه مختصراً عن ابن عمر عن عمر قال: «نزل تحريم الخمر، وهي من خمس: من العنب والتمر، والعسل، والحنطة، والشعير، والخمر ما خامر العقل».

تنبيه: فالحديث موقوف كما رأيت، والمتبادر إلى الذهن من كلام ابن الهمام أنه مرفوع حيث ابتدأه بقوله: من حديث ابن عمر اهـ فتنبه.

(٣) تقدم مستوفياً مع بيان ألفاظه قبل حديث واحد.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ١٩٨٥ من طرق وأبو داود ٣٦٧٨ والنسائي ٨/ ٢٩٤ والترمذي ١٨٧٥ والدارمي ٢/ ١١٣ وابن ماجه ٣٣٧٨ والطيالسي ١٧٢١ وعبد الرزاق ١٧٠٥٣ وابن أبي شيبة ٨/ ١٠٩ وابن حبان ٥٣٤٤ وأبو يعلى ٦٠٠٢ والطحاوي ٤/ ٢١١ وأحمد ٢/ ٢٧٩. ٤٠٨. ٤٠٩. ٤٧٤. ٥١٧. ٥١٨ وفي الأشربة ١٣٧. ١٥٥. ٢١٥ والبيهقي ٨/ ٢٨٩. ٢٩٠ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٥٥٨٣ و ٥٦٢٢ ومسلم ١٩٨٠ من طرق والنسائي ٨/ ٢٨٧ وأحمد ٣/ ١٨٣. ١٨٩. ١٩٠ وفي الأشربة ١٢١٠ وابن حبان ٥٣٥٢ والبيهقي ٨/ ٢٩٠ كلهم من طريق سليمان التيمي عن أنس مع تغير يسير في لفظه وله قصة. والفضيخ: اسم للبسر إذا نُبِذَ وكرره البخاري ٥٥٨٠ و ٥٥٨٤ وابن حبان ٥٣٦٣ والطحاوي ٤/ ٢١٣. ٢١٤ كلهم من حديث أنس.

(٦) هو بعض حديث موقوف على عمر تقدم قبل ثلاثة أحاديث.

. . . .

بنص القرآن ووجوب الحد بالحديث الموجب ثبوته في الخمر لأنه مسمى الخمر، لكن هذه كلها محمولة على التشبيه بحذف أداته فكل مسكر خمر، كزيد، أسد: أي في حكمه، وكذا الخمر من هاتين أو من خمسة هو على الادعاء حين اتحد حكمها بها جاز تنزيلها منزلتها في الاستعمال ومثله كثير في الاستعمالات اللغوية والعرفية تقول السلطان هو فلان إذا كان فلان نافذ الكلمة عند السلطان ويعمل بكلامه أي المحرم لم يقتصر على ماء العنب بل كل ما كان مثله من كذا وكذا فهو هو لا يراد إلا الحكم، ثم لا يلزم في التشبيه عموم وجهه في كل صفة، فلا يلزم من هذه الأحاديث ثبوت الحد بالأشربة التي هي غير الخمر، بل يصحح الحمل المذكور فيها ثبوت حرمتها في الجملة إما قليلها وكثيرها أو كثيرها المسكر منها، وكون التشبيه خلاف الأصل يجب المصير إليه عند الدليل عليه، وهو أن الثابت في اللغة من تفسير[1] الخمر بالنيء من ماء العنب إذا اشتد، وهذا ما لا يشك فيه من تتبع مواقع استعمالاتهم، ولقد يطول الكلام بإيراده، ويدل على أن الحمل المذكور على الخمر بطريق التشبيه قول ابن عمر رضي الله عنهما: حرمت الخمر وما بالمدينة منها شيء[2] . أخرجه البخاري في الصحيح. ومعلوم أنه إنما أراد ماء العنب لثبوت أنه كان بالمدينة غيرها لما ثبت من قول أنس: وما شرابهم يومئذ: أي يوم حرمت إلا الفضيخ البسر والتمر[3] . فعرف أن ما أطلق هو وغيره من الحمل لغيرها عليها بهو هو كان على وجه التشبيه. وأما الاستدلال بغير عموم الاسم لغة فمن ذلك ما روى أبو داود والترمذي من حديث عائشة عنه عليه الصلاة والسلام «كل مسكر حرام، وما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام»[4] وفي لفظ للترمذي «فالحسوة منه حرام»[5] قال الترمذي حديث حسن ورواه ابن حبان في صحيحه. وأجود حديث في هذا الباب حديث سعد بن أبي وقاص «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قليل ما أسكر كثيره»[6] أخرجه النسائي وابن حبان.

---

(١) من تفسير هكذا في النسخ ولعل لفظ من زائد من الناسخ كما هو ظاهر كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي كتبه مصححه.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ٥٥٧٩ عن ابن عمر موقوفاً.

(٣) تقدم قبل حديثين.

(٤) جيد. أخرجه أبو داود ٣٦٨٧ والترمذي ١٨٦٦ وابن الجارود ٨٦١ والطحاوي ٤/ ٢١٦ وابن حبان ٥٣٨٣ والدارقطني ٤/ ٢٥٥ . ٢٥٤ وأحمد ٦/ ١٣١٧٢ . ٧١ والأشربة (٦) و ٩٧ والبيهقي ٨/ ٢٩٦ من طرق عن أبي عثمان عن القاسم عن عائشة مرفوعاً.

ورجاله كلهم ثقات رجال مسلم سوى أبي عثمان وهو عمرو ويقال: عمر بن سالم وثقه أبو داود، وابن حبان، وأثنى عليه ابن مهدي، فالحديث قوي، وله شواهد. وقال الترمذي: حديث حسن.

(٥) كذا قال والصواب أن هذا اللفظ عند الدارقطني ٤/ ٢٥٥ . ٢٥٦. أما الترمذي فروايته كرواية الجماعة.

(٦) جيد. أخرجه النسائي ٨/ ٣٠١ وابن الجارود ٨٧٢ وابن حبان ٥٣٧٠ وابن أبي شيبة ٨/ ١٠٩ ـ ١١٠ والطحاوي ٤/ ٢١٦ والدارقطني ٤/ ٢٥١ والبيهقي ٨/ ٢٩٦ من طرق كلهم عن الضحاك بن عثمان عن بُكَيْر بن عبد الله الأشجّ عن عامر بن سعد عن أبيه مرفوعاً. وإسناده صحيح على شرط مسلم رجاله كلهم ثقات. واحتج به النسائي حيث قال عقبه: وفي هذا دليل تحريم السكر قليله وكثيره، وليس كما يقول المخادعون لأنفسهم بتحريمهم آخر الشربة وتحليلهم ما تقدمها اهـ باختصار. ونقله الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٠٢ ملخصاً وأقره، ونقل عن المنذري أنه قال في مختصره: حديث سعد أجود أحاديث الباب.

وورد من حديث جابر بلفظ: «ما أسكر كثيره، فقليله حرام».

أخرجه أبو داود ٣٦٨١ والترمذي ١٨٦٥ وابن ماجه ٣٣٩٣ وابن الجارود ٨٦٠ والطحاوي ٤/ ٢١٧ وابن حبان ٥٣٨٢ وأحمد ٣/ ٣٤٣ وفي الأشربة ١٤٨ والبيهقي ٨/ ٢٩٦ من طرق عدة عن داود بن بكر بن الفرات عن ابن المنكدر عن جابر مرفوعاً.

وقال الترمذي: حسن غريب من حديث جابر.

قلت: رجاله كلهم ثقات رجال البخاري، ومسلم غيرُ داود بن أبي الفرات، وهو صدوق كما في التقريب.

فالحديث حسن، وله شواهد، فهو جيد.

تنبيه: وقع هذا الحديث عند ابن حبان مقلوباً، ولفظه: «قليل ما أسكر كثيره حرام».

وهذا لفظ مقلوب شاذ لأن مفهومه جواز قليل ما أسكر كما تراه، وهذا غير مراد بل إن ابن حبان بوّب بخلاف ذلك حيث قال: ذكر الخبر المدحض قول من أباح شرب القليل من المسكر ما لم يُسكر.

فالعجب من الشيخ شعيب الأرناؤوط حيث لم يبين هذه العلة في المتن، ولم يتعرض لها أصلاً، ولكل جواد كبوة، وجزاه الله عز وجل خير بكل حال، فإن عمله في كتاب ابن حبان عمل نفيس فسأل الله أن يرحمنا والمسلمين.

. . . .

قال المنذري: لأنه من حديث محمد بن عبد الله بن عمار الموصلي وهو أحد الثقات عن الوليد بن كثير، وقد احتج به الشيخان عن الضحاك بن عثمان، وقد احتج به مسلم عن بكير بن عبد الله بن الأشج عن عامر بن سعد بن أبي وقاص، وقد احتج بهما الشيخان، وحينئذ فجوابهم بعدم ثبوت هذه غير صحيح، وكذا حمله على ما به حصل السكر وهو القدح الأخير لأن صريح هذه الروايات القليل. وما أسند إلى ابن مسعود «كل مسكر حرام» قال: هي الشربة التي أسكرتك[1]. أخرجه الدارقطني، ضعيف فيه الحجاج بن أرطأة وعمار بن مطر، قال: وإنما هو من قول إبراهيم: يعني النخعي. وأسند إلى ابن المبارك أنه ذكر له حديث ابن مسعود هذا فقال: حديث باطل على أنه لو حسن عارضه ما تقدم من المرفوعات الصريحة الصحيحة في تحريم قليل ما أسكر كثيره، ولو عارضه كان المحرّم مقدماً. وما روي عن ابن عباس من قوله: حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب فإنه لم يسلم. نعم هو من طريق جيدة هي عن أبي عون عن ابن شداد عن ابن عباس: حرمت الخمر بعينها والمسكر من كل شراب. وفي لفظ: وما أسكر من كل شراب. قال: وهذا أولى بالصواب من حديث ابن شبرمة فهذا [2] إنما فيه تحريم الشراب المسكر، وإذا كانت طريقه أقوى وجب أن يكون هو المعتبر، ولفظ السكر تصحيف، ثم لو ثبت ترجح المنع السابق عليه، بل هذا الترجيح في حق ثبوت الحرمة ولا يستلزم ثبوت الحرمة ثبوت الحد بالقليل إلا بسماع أو بقياس فهم يقيسونه بجامع كونه مسكراً، ولأصحابنا فيه منع خصوصاً وعموماً. أما خصوصاً فمنعوا أن حرمة الخمر معللة بالإسكار وذكروا عنه عليه الصلاة والسلام «حرمت الخمر بعينها والسكر»[3] الخ. وفيه ما علمت. ثم قوله بعينها ليس معناه أن علة الحرمة عينها، بل أن عينها حرمت، ولذا قال في الحديث «قليلها وكثيرها»[4] والرواية المعروفة فيه بالباء لا باللام، ولو كان المراد ما

. . . .

(١) موقوف باطل. أخرجه الدارقطني ٤/ ٢٥١ ـ ٥٠ من طريق الحجاج بن أرطاه عن ابن مسعود موقوفاً. ثم أسند الدارقطني عن ابن المبارك قوله: هذا حديث باطل. ووافقه الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٠٦ وصوب كونه عن إبراهيم النخعي.

(٢) موقوف. رواه النسائي ٨/ ٣٢٠ ـ ٣٢١ عن ابن شبرمة يذكره عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس قال: «حُرِّمت الخمر قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب»

وقال النسائي: ابن شبرمة لم يسمعه من ابن شداد ثم أسنده عن ابن شبرمة قال حدثني الثقة عن ابن شداد عن ابن عباس فذكره هكذا.

ثم قال: وخالفه أبو عون الثقفي فرواه عن ابن شداد عن ابن عباس قال: «حرمت الخمر قليلها، وكثيرها، وما أسكر من كل شراب».

وقال النسائي: هذا أولى بالصواب من حديث ابن شبرمة. ورواية أبي عون أشبه بما رواه الثقات عن ابن عباس اهـ ونقله الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٠٦ ـ ٧٠٧.

قلت: ومراد النسائي: أنه ليس في رواية أبي عون لفظ: «بعينها» وذلك ليشمل كل أنواع الخمر لئلا يتمسك البعض بكونه من العنب خاصة كما وقع لبعض أهل العلم.

وأيضاً: ليس في رواية أبي عون لفظ: «المسكر» وإنما فيه: «وما أسكر» وهو يعطي معنى ما تقدم، فتنبه والله تعالى أعلم.

(٣) باطل. أخرجه العقيلي في الضعفاء ١٦٨١ من حديث علي. وتمامه: «من كل شراب».

وقال: فيه محمد بن الفرات قال عنه البخاري: منكر الحديث.

وقال العقيلي: ورماه أحمد.

وذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٠٦ ونقل كلام العقيلي، وأقره. فالحديث غير مرفوع، وإنما هو قول ابن عباس كما تقدم.

تنبيه: ذكر ابن الهمام هذا الخبر على أنه مرفوع، ثم قال: وفيه ما علمت اهـ.

يعني فيه راوٍ منكر الحديث. لكن ما ذكره ابن الهمام يوهم أنه قد ذكر الحديث المرفوع، وأعله لذا قال: لما علمت. والصواب أنه لم يذكره بعد. فتنبه: والله تعالى أعلم.

(٤) هو بعض الموقوف على ابن عباس تقدم قبل حديث واحد.

ذكرنا وهذا هو مراد المصنف بما ذكر في الأشربة من نفي تعليلها بالإسكار لأنه لم يذكره إلا لنفي أن حرمتها مقيدة بإسكارها: أي لو كانت العلة الإسكار لم يثبت تحريم حتى تثبت العلة وهي الإسكار أو مظنته من الكثير، لا أن حرمتها ليست معللة أصلاً بل هي معللة بأنه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله إلى كثيره وإن كان القدوري مصراً على منع التعليل أصلاً. ونقض رحمه الله هذه العلة بأن الطعام الذي يضر كثيره لا يحرم قليله وإن كان يدعو إلى كثيره، لكن المصنف ذكر في كتاب الأشربة ما يفيد ما ذكرنا، فإنه قال في جواب إلحاق الشافعي حرمة المثلث العنبي بالخمر. وإنما يحرم لأنه يدعو إلى كثيره لرقته ولطافته، والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء، ولا يخفى بعد هذا أن اعتبار دعاية القليل إلى الكثير في الحرمة ليس إلا لحرمة السكر. ففي التحقيق الإسكار هو المحرم بأبلغ الوجوه لأنه الموقع للعداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة وإتيان المفاسد من القتل وغيره، كما أشار النص إلى عليتها، ولكن على تقدير ثبوت الحرمة بالقياس لا يثبت الحد لأن الحد لا يثبت بالقياس عندهم، وهو ما ذكرنا من المنع على العموم، وإذن فلم يثبت الحد بمجرد الشرب من غير الخمر، ولكن ثبت بالسكر منه بأحاديث منها ما قدمناه من حديث أبي هريرة «فإذا سكر فاجلدوه»[1] الحديث. فلو ثبت به حل ما لم يسكر لكان بمفهوم الشرط وهو منتف عندهم فموجبه ليس إلا ثبوت الحد بالسكر، ثم يجب أن يحمل على السكر من غير الخمر لأن حمله على الأعم من الخمر ينفي فائدة التقييد بالسكر، لأن في الخمر يحد بالقليل منها بل يوهم عدم التقييد بغيرها لأنه لا يحد منها حتى يسكر، وإذا وجب حمله على غيرها صار الحد منتفياً عند عدم السكر به بالأصل حتى يثبت ما يخرجه عنه. ومنها ما روى الدارقطني في سننه: أن أعرابياً شرب من إداوة عمر نبيذاً فسكر به فضربه الحد، فقال الأعرابي: إنما شربته من إداوتك، فقال عمر: إنما جلدناك على السكر. وهو ضعيف بسعيد بن ذي لعوة ضعف وفيه جهالة. وروى ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن حسان بن مخارق قال: بلغني أن عمر بن الخطابساير رجلاً في سفر وكان صائماً، فلما أفطر أهوى إلى قربة لعمر معلقة فيها نبيذ فشربه فسكر فضربه عمر الحد، فقال: إنما شربته من قربتك، فقال له عمر: إنا جلدنا لسكرك. وفيه بلاغ وهو عندي انقطاع. وأخرج الدارقطني عن عمران بن داور[2] عن خالد بن دينار عن أبي إسحاق عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ أتي برجل قد سكر من نبيذ تمر فجلده»[3] وعمران بن داور بفتح الواو فيه مقال. وروى الدارقطني في سننه عن وكيع عن شريك عن فراس عن الشعبي أن رجلاً شرب من إداوة عليّ رضي الله عنه بصفين فسكر فضربه الحد. ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن مجالد عن الشعبي عن علي بنحوه، وقال: فضربه ثمانين. وروى ابن أبي شيبة: حدثنا عبد الله بن نمير عن حجاج عن أبي عون عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس قال: في السكر من النبيذ ثمانون. فهذه وإن ضعف بعضها فتعدد الطرق ترقيه إلى الحسن، مع أن الإجماع على الحد بالكثير فإن الخلاف إنما هو في الحد بالقليل، غير أن هذه الأدلة كما ترى لا تفصل بين نبيذ ونبيذ، والمصنف قيد وجوب الحد بقوله: **(ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعاً لأن السكر من المباح لا يوجب الحد)** فقد ذكروا أن ما يتخذ من الحبوب كلها والعسل يحل شربه عند أبي حنيفة: يعني إذا شرب منها

---

(١) تقدم تخريج هذا الحديث قبل قليل في أول باب حد الشرب.

(٢) (عمران بن داور) هكذا هو في بعض النسخ داور بالألف قبل الواو المفتوحة، ومثله في خلاصة أسماء الرجال، وما وقع في بعض النسخ من تقديم الواو على الألف تحريف فليعلم كتبه مصححه.

(٣) أخرجه الدارقطني ٣/ ١٧١ من طريق عمران بن داور عن ابن عمر مرفوعاً. وفيه ضعف لكلام في عمران القطان هذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٥٠: ورواه إسحق من طريق آخر عن أبي إسحق عن النجراني عن ابن عمر به اهـ. وعلى هذا توبع عمران، فالحديث حسن إن شاء الله، ويؤيده الموقوفات التي ذكرها المصنف نقلاً عن الزيلعي في ٣/ ٣٥٠ . ٣٥١

تعالى (ولا حدّ على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) لأن الرائحة محتملة، وكذا الشرب قد يقع عن إكراه أو اضطرار (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعاً) لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك،

من غير لهو ولا طرب فلا يحد بالسكر منها عنده، ولا يقع طلاقه إذا طلق وهو سكران منها كالنائم، إلا أن المصنف في كتاب الأشربة قال: وهل يحد في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه؟ قيل لا يحد. وقد ذكرنا الوجه من قبل: قالوا: الأصح أنه يحد، فإنه روي عن محمد فيمن سكر من الأشربة أنه يحد من غير تفصيل، وهذا لأن الفساق يجتمعون عليه اجتماعهم على سائر الأشربة بل فوق ذلك، وكذلك المتخذ من الألبان إذا اشتد فهو على هذا اهـ. وهو قول محمد، فقد صرح بأن إطلاق قوله هنا لأن السكر من المباح لا يوجب حداً غير المختار، ورواية عبد العزيز عن أبي حنيفة وسفيان أنهما سئلا فيمن شرب البنج فارتفع إلى رأسه وطلق امرأته هل يقع؟ قالا: إن كان يعلمه حين شربه ما هو يقع قوله: (ولا حد على من وجد به ريح الخمر أو تقيأها لأن الرائحة محتملة) فلا يثبت بالاحتمال ما يندرىء بالشبهات (وكذا الشرب قد يكون عن إكراه) فوجود عينها في القيء لا يدل على الطواعية، فلو وجب الحد وجب بلا موجب، وأورد عليه أنه قال من قريب، والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل فقطع الاحتمال وهنا عكس. قال المورد: وتكلف بعضهم في توجيهه، يريد به صاحب النهاية بأن الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء. قال: ولقائل أن يقول إذا كان التمييز يحصل بالاستدلال فإذا استدل على الوجه المذكور في هذه الصورة يرتفع الاحتمال في الرائحة فينبغي أن يحد حينئذ ولم يقل به أحد، ونقل أيضاً عنه أن التمييز لمن يعاينه، ونظر فيه بأن من عاين الشرب يبنى على يقين لا على استدلال وتخمين، وصاحب الهداية أثبت التمييز في صورة الاستدلال لا في صورة العيان اهـ. فبقي الإشكال بحاله. ولا يخفى أن المراد معاينة الشرب والاستدلال لا ينافيه لأن المشروب جاز كونه غير الخمر فيستدل على أنه خمر بالرائحة فكون المصنف جعل التمييز يفيده الاستدلال لا ينافي حالة العيان، أي عيان الشرب، ثم لا شك أن كون الشيء محتملاً لا ينافي أن يستدل عليه بقرائن بحيث يحكم به مع شبهة ما، فلا ملازمة بين الاحتمال وعدم الاستدلال عليه، بل جاز أن يثبت الاستدلال مع ثبوت ضرب من الاحتمال فلا يصح قوله أنه قطع الاحتمال حيث ذكر أنه يمكن التمييز بالاستدلال، ولا شك أن المنظور إليه والمقصود في الموضعين ثبوت طريق الدرء، أما الموضع الثاني وهو عدم الحد بوجود الرائحة والتقيؤ فظاهر، وطريقُه أنه لو ثبت الحد لكان مع شبهة عدمه لأن الرائحة محتملة وإن استدل عليها فإن فيها مع الدليل شبهة قوية فلا يثبت الحد معها، وأما في الموضع الأول فلا شك أن في إثبات اشتراط عدم التقادم لقبول البينة والإقرار درأ كثيراً واسعاً، ولا يمكن إثبات هذا الطريق الكائن

شربه. وما يتخذ من التمر ثلاثة: السكر والفضيخ والنبيذ. فالنبيذ هو ماء التمر إذا طبخ يحل شربه في قولهم ما دام حلواً، وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند أبي حنيفة وأبي يوسف يحل شربه للتداوي والتقوّي إلا القدح المسكر. وقال محمد والشافعي: لا يحلّ. واختلفوا في وجوب الحد، وسيجيء بيانه في الأشربة. وأما الكلام في حد السكر ومقدار حده فسيذكر إن شاء الله تعالى. وقوله: (ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) يعني إذا لم يشاهد منه الشرب (لأن الرائحة محتملة) فإن قيل: هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله وهو قوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل. أجيب بأن الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء أو التمييز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه. وأقول: والجواب الثاني أحسن لاشتماله على تفسير المستدل فإنه يدل على أن المستدل هو من معه دليل وهو معاينة الشرب والجاهل هو من ليس

قوله: (فإن قيل إلخ) أقول: السؤال مع الجواب في النهاية قوله: (والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء) أقول: وليس الاستقصاء مأموراً به في الحدود، وأما إذا شهدوا على الشرب فيجوز الاستقصاء صوناً للحجة الشرعية عن البطلان كما سبق نظيره في باب الشهادة على الزنا، وكذا الحال في الإقرار، وبه حصل الجواب عما أورده الإتقاني قوله: (وأقول والجواب الثاني أحسن إلى قوله على مذهب محمد)

وكذا شرب المكره لا يوجب الحد **(ولا يحدّ حتى يزول عنه السكر)** تحصيلاً لمقصود الانزجار **(وحد الخمر والسكر في الحرّ ثمانون سوطاً)** لإجماع الصحابة رضي الله عنهم **(يفرّق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر)** ثم يجرد في المشهود

للدرء إلا باعتبار إمكان تمييز رائحة الخمر من غيرها، فحكم باعتبار للتمييز بالاجتهاد في الاستدلال وإن كان ملزوماً لشبهة النفي ليتمكن من تحصيل هذا الطريق الواسع للدرء، لأنه لو لم يعتبر التمييز مع ما فيه من شبهة لكان الشهادة والإقرار معمولاً بهما في أزمنة كثيرة متأخرة بلا رائحة فيقام بذلك ما لا يحصى من الحدود. وحين اشترط ذلك وضحت طريقه مع الشبهة والاحتمال، فظهر أن كلاً صحيح في موضعه فدرء الحد في مجرد الرائحة والقيء للاحتمال وردت الشهادة بلا رائحة، إذ لا يمكن التمييز إلا مع الاحتمال قوله: **(ولا يحد)** السكران **(حتى يزول عنه السكر تحصيلاً لمقصود الانزجار)** وهذا بإجماع الأئمة الأربعة، لأن غيبوبة العقل وغلبة الطرب والشرح يخفف الألم، حتى حكى لي أن بعض المتصابين استدعوا إنساناً ليضحكوا عليه به أخلاط ثقيلة لزجة بركبتيه لا يقلهما إلا بكلفة ومشقة، فلما غلب على عقله ادعى القوة والإقدام، فقال له بعض الحاضرين ممازحاً ليس بصحيح وإلا فضع هذه الجمرة على ركبتك، فأقدم ووضعها حتى أكلت ما هناك من لحمه وهو لا يلتفت حتى طفئت أو أزالها بعض الحاضرين الشك مني فلما أفاق وجد ما به من جراحة النار البالغة وورمت ركبته ومكث بها مدة إلى أن برأت، فعادت بذلك الكيّ البالغ في غاية الصحة والنظافة من الأخلاط وصار يقول: يا ليتها كانت في الركبتين، ثم لم يستطع أصلاً في حال صحوه أن يفعل مثل ذلك بالأخرى ليستريح من ألمها ومنظرها. وإذا كان كذلك فلا يفيد الحدّ فائدته إلا حال الصحو وتأخير الحد لعذر جائز قوله: **(وحد الخمر والسكر)** أي من غيرها **(ثمانون سوطاً)** وهو قول مالك وأحمد. وفي رواية عن أحمد وهو قول الشافعي: أربعون إلا أن الإمام لو رأى أن يجلده ثمانين جاز على الأصح. واستدل المصنف على تعين الثمانين بإجماع الصحابة. روى البخاري من حديث السائب بن يزيد قال: كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله ﷺ وإمرة أبي بكر وصدرا من خلافة عمر فنقوم إليه بأيدينا ونعالنا وأرديتنا حتى كان آخر إمرة عمر، فجلد أربعين، حتى إذا عتوا أو فسقوا جلد ثمانين»[1]. وأخرج مسلم عن أنس بن مالك «أن النبي ﷺ جلد في الخمر بالجريد والنعال، ثم جلد أبو

معه ذلك، ويجوز أن يكون قوله لأن الرائحة محتملة على مذهب محمد وقوله: **(وكذا الشرب قد يقع عن إكراه أو اضطرار)** على قولهما. ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعاً لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك) والذي ذكره من إباحة البنج موافق لعامة الكتب خلا رواية الجامع الصغير للإمام المحبوبي، فإنه استدل على حرمة الأشربة المتخذ من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والعسل وغيرها، وقال: السكر من هذه الأشربة حرام بالإجماع لأن السكر من البنج حرام مع أنه مأكول فمن المشروب أولى. كذا ذكره صاحب النهاية، وليس بصحيح لأن رواية الجامع الصغير للإمام المحبوبي تدل على أن السكر الحاصل من البنج حرام لا على أن البنج حرام، وكلام المصنف يدل على أن البنج مباح ولا تنافي بينهما **(وحد الخمر و)** حد **(السكر)** من غير الخمر **(في الحر ثمانون سوطاً لإجماع الصحابة رضي الله عنهم، يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر)**

أقول: فيه رد على الإتقاني قال المصنف: **(لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك)** أقول: سيجيء من المصنف في كتاب الأشربة أن الأصح أنه يحد فيما يتخذ من الحبوب والعسل قوله: **(وكلام المصنف يدل على أن البنج مباح إلخ)** أقول: النبيذ أيضاً مباح فما الفرق، إلا أن يقال مراده بالمباح ما أجمعوا على إباحته وليس النبيذ كذلك.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٧٧٩ عن السائب بن يزيد به. واستدركه الحاكم ٤/ ٣٧٤ من حديث السائب أيضاً، وبهذا السياق وصححه، وقال: لم يخرجاه!. لذا تعقبه الذهبي فقال: ذا في البخاري

....

بكر أربعين، فلما كان عمر ودنا الناس من الريف والقرى قال: ما ترون في جلد الخمر؟ فقال عبد الرحمن بن عوف: أرى أن نجعله ثمانين كأخف الحدود، قال: فجلد عمر ثمانين»[(١)] . وفي الموطأ أن عمر استشار في الخمر يشربها الرجل، فقال له عليّ بن أبي طالب رضيّ الله تعالى عنه: نرى أن تجلده ثمانين، فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذي، وإذا هذي افترى، وعلى المفتري ثمانون[(٢)] . وعن مالك رواه الشافعي ولا مانع من كون كل من عليّ وعبد الرحمن بن عوف أشار بذلك فروى الحديث مرة مقتصراً على هذا ومرة على هذا. وأخرج الحاكم في المستدرك عن ابن عباس أن الشرب كانوا يضربون على عهد رسول الله ﷺ بالأيدي والنعال والعصيّ حتى توفي، فكان أبو بكر يجلدهم أربعين حتى توفي إلى أن قال: فقال عمر ماذا ترون؟ فقال عليّ رضيَ الله عنه: إذا شرب الخ[(٣)] . وروى مسلم عن أنس قال «أتي النبيّ ﷺ برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين نحو الأربعين، وفعله أبو بكر، فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف: أخفّ الحدود ثمانون فأمر به عمر»[(٤)] فيمكن بجريدتين متعاقبتين بأن انكسرت واحدة فأخذت أخرى وإلا فهي ثمانون، ويكون مما رأى عليه الصلاة والسلام في ذلك الرجل. وقول الراوي بعد ذلك: فلما كان عمر استشار الخ لا ينافي ذلك، فإن حاصله أنه استشارهم فوقع اختيارهم على تقدير الثمانين التي انتهى إليها فعل رسول الله ﷺ، إلا أن قوله وفعله أبو بكر بعده، وإلا لزم أن أبا بكر جلد ثمانين، وما تقدم مما يفيد أن عمر هو الذي جلد الثمانين، بخلاف أبي بكر والله أعلم. وقد أخرج البخاري ومسلم عن عليّ رضي الله عنه أنه قال: ما كنت أقيم على أحد حداً فيموت فيه فأجد منه في نفسي إلا صاحب الخمر، فإنه إن مات وَدَيْتُهُ لأن رسول الله ﷺ لم يَسُنَّهُ[(٥)] ، والمراد لم

....

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٧٠٦ ح ٣٦ وأبو داود ٤٤٧٩ والنسائي في الحدود كما في التحفة ١/ ٣٤٨ والطيالسي ١٩٧٠ وابن حبان ٤٤٤٨ وأبو يعلى ٣١٢٧ وأحمد ٣/ ١١٥ . ١٨٠ والطحاوي ٣/ ١٥٨ والبيهقي ٨/ ٣١٩ من طرق كلهم من حديث أنس بن مالك به رووه مطولاً ومختصراً.
وأخرجه البخاري عن قتادة عن أنس بلفظ: «جلد النبي ﷺ في الخمر بالجريد والنعال، وجلد أبو بكر أربعين» اهـ. البخاري ٦٧٧٣ و ٦٧٧٦.

(٢) ضعيف. رواه مالك ٢/ ٨٤٢ ومن طريق الشافعي ٢/ ٢٩٣ والبيهقي ٨/ ٣٢٠ كلهم عن ثور بن زيد الديلمي مرسلاً.
ووصله الحاكم ٤/ ٣٧٥ . ٣٧٦ والدارقطني ٣/ ١٦٦ والبيهقي ٨/ ٣٢٠ والطحاوي في المعاني ٣/ ١٥٣ كلهم من طريق حميد بن عبد الرحمن عن رجل يقال له وبرة الكلبي فذكره، وإسناده ضعيف لجهالة وبرة الكلبي.
قال الحافظ في اللسان: قال ابن حزم عن وبرة: مجهول.
قلت: وهذه الزيادة ليست من كلام علي، وإنما هي من كلام ابن عوف، ويدل على ذلك أن الطحاوي ساق خبر وبرة من عدة وجوه لم يذكر هذه الزيادة إلا في طريق واحدة.
نعم أخرجه الحاكم ٤/ ٣٧٥ . ٣٧٦ وكذا البيهقي كلاهما من طريق ثور الديلي عن عكرمة عن ابن عباس عن علي به وصححه الحاكم وسكت الذهبي. مع أن في إسناده يحيى بن فليح. وقد خالفه مالك، فأرسله.
قال الحافظ عنه في اللسان: قال ابن حزم: مجهول. وقال مرة: ليس بالقوي.
وذكره ابن حجر تلخيص الحبير ٤/ ٧٥ وقال: في صحته نظر لما في الصحيحين أن عبد الرحمن بن عوف هو الذي أشار على عمر بذلك ولا يقال: يحتمل أن علياً، وابن عوف أشارا بذلك لما صح عن علي في مسلم خلافه في قصة الوليد بن عقبة اهـ.

(٣) تقدم في الذي قبله. وقول ابن الهمام: ولا مانع كون ذلك عن علي، وعن ابن عوف. تقدم جواب ابن حجر عنه، وسيأتي بعد حديثين.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ١٧٠٦ ح ٣٥ والترمذي ١٤٤٣ وابن الجارود ٨٢٩ والدارمي ٢/ ١٧٥ وابن حبان ٤٤٥٠ وأبو يعلى ٣٠٥٣ و ٣٢١٩ والنسائي في الكبرى كما في تحفة الأشراف ١/ ٣٢٧ والطحاوي ٣/ ١٥٧ في المعاني والبغوي ٢٦٠٤ والبيهقي ٨/ ٣١٩ من طرق كلهم عن أنس. واللفظ لمسلم وغيره.
وأخرجه البخاري ٦٧٧٣ فذكر صدره فقط. دون خبر عمر.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٦٧٧٨ ومسلم ١٧٠٧ ح ٣٩ وابن ماجه ٢٥٦٩ والطحاوي ٣/ ١٥٣ في المعاني وأحمد ١/ ١٢٥ . ١٣٠ والبيهقي ٨/ ٣٢١ من طرق كلهم عن علي به واللفظ للبخاري ومسلم.

من الرواية. وعن محمد أنه لا يجرد إظهاراً للتخفيف لأنه لم يرد به نص. ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة فلا

يسنّ فيه عدداً معيناً، وإلا فمعلوم قطعاً أنه أمر بضربه. فهذه الأحاديث تفيد أنه لم يكن مقدّراً في زمنه عليه الصلاة والسلام بعدد معين، ثم قدره أبو بكر وعمر بأربعين، ثم اتفقوا على ثمانين، وإنما جاز لهم أن يجمعوا على تعينه والحكم المعلوم منه عليه الصلاة والسلام عدم تعينه لعلمهم بأنه عليه الصلاة والسلام انتهى إلى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد فيه، ثم رأوا أهل الزمان تغيروا إلى نحوه أو أكثر على ما تقدم من قول السائب: حتى إذا عتوا وفسقوا وعلموا أن الزمان كلما تأخر كان فساد أهله أكثر فكان ما أجمعوا عليه هو ما كان حكمه عليه الصلاة والسلام في أمثالهم. وأما ما روي من جلد عليّ أربعين بعد عمر فلم يصح، وذلك ما في السنن من حديث معاوية بن حصين بن المنذر الرقاشي قال: شهدت عثمان بن عفان رضي الله عنه وقد أتي بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد أنه رآه يشربها وشهد الآخر أنه رآه يتقيؤها، فقال عثمان إنه لم يتقيأها حتى شربها، فقال لعليّ: أقم عليه الحد، فقال عليّ للحسن: أقم عليه الحد، فقال: وَلِّ حارّها من تولى قارّها، فقال عليّ لعبد الله بن جعفر: أقم عليه الحد، فأخذ السوط وجلده وعليّ يعدّ إلى أن بلغ أربعين، قال: حسبك، جلد النبي ﷺ أربعين وجلد أبو بكر أربعين وجلد عمر ثمانين، وكل سنة، وهذا أحبّ إليّ[1] قوله: (يفرق الضرب على بدنه كما في حد الزنا) ونقل من قول ابن مسعود

فيه أنه يضرب كل البدن ما خلا الوجه والرأس والفرج (ثم يجرد) عن ثيابه (في المشهور من الرواية. وعن محمد أنه لا يجرد عن ثيابه إظهاراً للتخفيف لأنه لم يرد به) أي بالحد (نص) قاطع أو بالتجريد (ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة) يعني من حيث العدد حيث لم نجعله مائة كما في الزنا (فلا يعتبر ثانيا) وفيه بحث من وجهين، الأول أنه ليس لأحد من المجمعين التصرف في المقدرات الشرعية. والثاني أن الثمانين تغليظ لا تخفيف لأنه روى أنهم ضربوا في زمن النبي ﷺ بالأكمام وبالأيدي وغير ذلك ثم جلد أبو بكر أربعين ثم جلد عمر أربعين، فالتقدير بعد ذلك بثمانين تغليظ لا تخفيف. والجواب أن قوله إنا أظهرنا التخفيف كلام عن لسان المجتهدين، والتخفيف إنما هو باعتبار أن الله تعالى جاز له أن يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا إذ هو الفاعل المختار، وحيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيفاً منه، ولما جعله الصحابة معتبراً بحد المفترين ظهر التخفيف فلم يقدروا بشيء وإنما أظهروا التخفيف الذي كان ثابتاً بترك التنصيص، وإليه أشار بقوله أظهرنا التخفيف، ولله درّ لطائفه. وقوله: (ومن أقرّ بشرب

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٧٠٧ حـ ٣٨ وأبو داود ٤٤٨٠ والدارمي ٢٢٢٦ وابن ماجه ٢٥٧١ والبيهقي ٣١٨/٨ وأحمد ١/ ١٤٤ ـ ١٤٥ والطحاوي في المعاني ٣/ ٣٥٢ ـ ١٥٣ من طرق كلهم من حديث حُضين بن المنذر أبي ساسان قال: شهدت على عثمان... فذكره. والسياق لمسلم.
ورجاله كلهم ثقات. وحُضين بضم الحاء، وبالضاد مصغراً ثقة كما في التقريب، وهو من رجال مسلم.
تنبيه: قول المصنف ابن الهمام: لم يصح، وهو مروي في السنن اهـ غير صواب. لأنه في مسلم، ورجاله كلهم ثقات أثبات.
تنبيه آخر: قوله: معاوية بن حصين. لعله سبق قلم لأن في مسلم وأبي داود والطحاوي عن حُضين بن المنذر. وليس فيه معاوية ثم هو بضاد معجمه، وليس بالصاد.
قوله: ولّه حارّها... الخ.
قال النووي في شرح مسلم ١١/ ٢١٩: الحار: الشديد المكروه. والقار: البارد الهنيء الطيب، وهو من أمثال العرب. قال الأصمعي: معناه ولِّ شدتها وأوساخها من تولى هنيئها، ولذاتها. والضمير يعود على الخلافة، والولاية أي كما أن عثمان، وأقاربه يتولون الإمارة. فليتولَّوْا نكدها، والمراد عثمان، وأقاربه والله أعلم اهـ.
فائدة: قال النووي في شرح مسلم ١١/ ٣١٧: أجمع المسلمون على تحريم شرب الخمر، وأجمعوا على وجوب الحد على شاربها قليلاً كان أو كثيراً، وأجمعوا على أن لا يقتل بشربها، وإن تكرر حكى الإجماع الترمذي وطائفة.
وحكى عياض عن طائفة شاذة قتله بعد الرابعة، وهذا باطل مخالف للإجماع. وما تمسكوا به من الحديث منسوخ.
أما حد الخمر: فقال الشافعي وأبو ثور وداود، وأهل الظاهر وآخرون حده أربعون. وقال الشافعي: له أن يبلغ به ثمانين لكن تكون الزيادة على الأربعين تعزيزات.
وقال الجمهور من السلف: مالك وأبو حنيفة والأوزاعي والثوري وأحمد وإسحق حده ثمانون، واحتجوا بما استقر عليه الصحابة اهـ.

يعتبر ثانياً (وإن كان عبداً فحدّه أربعون سوطاً) لأن الرق منصف على ما عرف (ومن أقرّ بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحدّ) لأنه خالص حق الله تعالى (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين و) يثبت (بالإقرار مرة واحدة) وعن أبي يوسف أنه

رضي الله عنه للضارب أعط كل ذي عضو حقه: يعني ما خلا الوجه والرأس والفرج، وعند أبي يوسف يضرب الرأس أيضاً وتقدم قوله: (ثم يجرد في المشهور من الرواية: وعن محمد أنه لا يجرد إظهاراً للتخفيف لأنه لم يرد به نص. وجه المشهور أنا أظهرنا) أي الشرع أظهر (التخفيف مرة) بنقصان العدد (فلا يعتبر ثانياً) بعدم التجريد وإلا قارب المقصود من الانزجار الفوات، وتقدم له مثله في الطهارة حيث قال في جواب تخفيفهما الروث والخثى للضرورة. قلنا الضرورة قد أثرت في النعال مرة فتكفي متونتها: أي فلا تخفف مرة أخرى، وله ضده في الصلاة حيث قال في تخفيف القراءة للمسافر، ولأن السفر قد أثر في إسقاط شطر الصلاة فلأن يؤثر في تخفيف القراءة أولى. وتقدم هناك الجمع بينه وبين ما في الطهارة أن لا ملازمة بين نفي التخفيف ثانياً ووجوده أوّلاً من حيث هو وجوده، والمعوّل عليه في كل موضع الدليل وعدمه قوله: (وإن كان عبداً فحدّه أربعون على ما عرف) من أن الرق مؤثر في تنصيف النعمة والعقوبة، فإذا قلنا إن حدّ الحر ثمانون قلنا إن حدّ العبد أربعون، ومن قال حدّ الحر أربعون قال حدّ العبد عشرون قوله: (ومن أقرّ بشرب الخمر والسكر) بفتحتين وهو عصير الرطب إذا اشتد (ثم رجع لم يحد لأنه خالص حق الله تعالى) ولا مكذب له في الرجوع عنه فيقبل، ولا يصح ضم سينه لأن إقراره بالسكر من غير الخمر إما في حال سكره فلا يعتبر إقرار السكران كما سيأتي أو بعده ولا يعتبر للتقادم فلا يوجد ما يصح الرجوع عنه قوله: (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالإقرار مرة واحدة وعن أبي يوسف أنه يشترط الإقرار مرتين) وقوله: (سنبينها هناك) أي سنبين هذه المسئلة في الشهادات (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) ولا نعلم في ذلك خلافاً (لأن فيها) أي في شهادة النساء (شبهة البدلية) لقوله تعالى ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ فاعتبرها عند عدم الرجلين ولم يرد به حقيقته بالإجماع لأنهما لو شهدتا مع رجل مع إمكان رجلين صح إجماعاً (و) فيه (تهمة الضلال) لقوله تعالى ﴿أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾ [البقرة ٢٨٢] في الكشاف أن تضل: أي لا تهتدي للشهادة، وفي التيسير: الضلال هنا النسيان. وقوله: ﴿فتذكر إحداهما الأخرى﴾ [البقرة ٢٨٢] أي تزيل نسيانها قوله: (والسكران الذي يحد) لسكره من غير الخمر عند أبي حنيفة (هو الذي لا

الخمر والسكر) بفتحتين وهو عصير الرطب إذا اشتد، وقيل السكر كل شراب مسكر (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالإقرار مرة واحدة) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف وزفر: يثبت بإقراره مرتين في مجلسين اعتباراً لعدد الإقرار بعدد الشهود (وهو نظير الاختلاف في السرقة، وسنبينها هناك إن شاء الله تعالى) قال: (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) في حد الشرب أيضاً (لأن فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان) يشير إلى ذلك كله قوله تعالى ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ إلى قوله ﴿أن تضلّ إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾ وإنما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية، لأن استشهاد النساء في الموضع الذي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال، بخلاف سائر الأبدال، ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم (والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقاً لا قليلاً ولا كثيراً ولا يعقل الرجل من المرأة) هذا لفظ الجامع

قوله: (نص قاطع) أقول: قوله قاطع احتراز من قوله عليه الصلاة والسلام «من شرب الخمر فاجلدوه» فإنه خبر الواحد قوله: (والجواب أن قوله إذا أظهرنا إلى قوله: عن لسان المجمعين) أقول: الإجماع لا ينسخ به فكيف يستقيم الإجماع على خلاف ما فعله رسول الله ﷺ قوله: (فلم يقدروا بشيء) أقول: أي من عند أنفسهم قال المصنف: (ومن أقر بشرب الخمر والسكر) أقول: والسكر بفتحتين نقيع التمر إذا غلا ولم يطبخ، كذا فسره الناطفي في الأجناس. وقال في الجمهرة: والسكر كل شراب أسكر. وفي ديوان الأدب: السكر خمر النبيذ. وقال في المجمل: السكر شراب. وقال في المغرب: السكر عصير العنب إذا اشتد، والمراد هنا ما قال الناطفي، كذا في غاية البيان. وقال: إنما خصه بالذكر مع أن الحكم في سائر الأشربة المحرمة كذلك حيث يصح رجوعه لأنه الغالب في بلادهم قال المصنف: (وقالا هو الذي يهذي، إلى قوله: لأنه هو السكران في العرف) أقول: قول لأنه إلخ تعليل لقوله هو الذي إلخ.

يشترط الإقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة، وسنبينها هناك إن شاء الله (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) لأن فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان (والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقاً لا قليلاً ولا كثيراً ولا يعقل الرجل من المرأة) قال العبد الضعيف (وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: هو الذي يهذي ويختلط كلامه) لأنه هو السكران في العرف، وإليه مال أكثر المشايخ. وله أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درءاً للحد. ونهاية السكران يَغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء، وما دون ذلك لا يعرّى عن شبهة الصحو، والمعتبر في القدح المسكر في

يعقل منطقاً لا قليلاً ولا كثيراً، ولا يعقل الرجل من المرأة) زاد في الفوائد الظهيرية: ولا الأرض من السماء وقالا: (هو الذي يهذي ويخلط) وبه قال الأئمة الثلاثة، ولما لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير ذكره المصنف، والمراد أن يكون غالب كلامه هذياناً، فإن كان نصفه مستقيماً فليس بسكران فيكون حكمه حكم الصحاة في إقراره بالحدود وغير ذلك، لأن السكران في العرف من اختلط كلامه جدّه بهزله فلا يستقرّ على شيء (وإليه مال أكثر المشايخ) واختاروه للفتوى لأن المتعارف إذا كان يهذي يسمى سكران وتأيد بقول عليّ: إذا سكر هذي (ولأبي حنيفة أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درءا) بدليل الإلزام في شهادة الزنا أن يقول كالميل في المكحلة وفي السرقة بالأخذ من الحرز التام لأن فيما دون ذلك شبهة الصحو فيندرىء الحد. وأما في ثبوت الحرمة فما قالا فاحتاط في أمر الحد وفي الحرمة، وإنما اختاروا للفتوى قولهما لضعف وجه قوله وذلك أنه حيث قال يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها فقد سلم أن السكر يتحقق قبل الحالة التي عينها وأنه تتفاوت مراتبه وكل مرتبة هي سكر، والحد إنما أنيف في الدليل الذي أثبت حد السكر بكل ما يسمى سكراً لا بالمرتبة الأخيرة منه، على أن الحالة التي ذكر قلما يصل إليها سكران فيؤدي إلى عدم الحد بالسكر. وروى بشر عن أبي يوسف اعتبار السكر بقراءة سورة ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ [الكافرون ١] ولا شك أن المراد ممن يحفظ القرآن أو كان حفظها فيما حفظ منه لا من لم يدر شيئاً أصلاً. قال بشر: فقلت لأبي يوسف: كيف أمرت بها من بين السور فربما يخطىء فيها العاقل الصاحي؟ قال: لأن الله بين أن الذي عجز عن قراءتها سكران: يعني به ما في الترمذي عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه: صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاماً فدعانا فأكلنا وسقانا من الخمر فأخذت الخمر منا، وحضرت الصلاة فقدموني فقرأت قل يا أيها الكافرون لا أعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون، قال:

الصغير وليس فيه بيان الخلاف. قال المصنف: (وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: هو الذي يهذي ويختلف كلامه) أي يكون غالب كلامه الهذيان: فإن كان نصفه مستقيماً فليس بسكران (لأنه السكران في العرف وإليه) أي إلى قولهما (مال أكثر المشايخ) وعن ابن الوليد قال: سألت أبا يوسف عن السكران الذي يجب عليه الحد قال: أن يستقرأ ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ ولا يقدر عليه، فقلت له: كيف عينت هذه السورة وربما أخطأ فيها الصاحي؟ قال: لأن تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها. وحكي أن أئمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة (ولأبي حنيفة أن الحدود يؤخذ في أسبابها بأقصاها درءاً للحد، ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء، وما دون ذلك لا يعرّى عن شبهة الصحو) يعني أنه إذا كان يميز بين الأشياء عرفنا انه مستعمل لعقله مع ما به من السرور فلا يكون ذلك نهاية في السكر وفي النقصان شبهة العدم، والحدود تندرىء بالشبهات، ولهذا وافقهما في السكر الذي يحرم عنده القدح المسكر أن المعتبر فيه هو اختلاط الكلام لأن اعتبار النهاية فيما يندرىء بالشبهات والحل والحرمة يؤخذ بالاحتياط، وهذا معنى قوله: (والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالإجماع أخذاً بالاحتياط) لأنه لما اعتقد حرمة القدح الذي يلزم الهذيان واختلاط الكلام عنده يمتنع عنه، فلما امتنع عنه وهو

قوله: (أن يستقرأ) أقول: أي ذو أن يستقرأ قوله: (قال لأن تحريم الخمر نزل إلخ) أقول: الآية التي نزلت فيه هي قوله تعالى ﴿لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى﴾ وليس فيه تحريم الخمر والتفصيل في كتب التفسير، والأظهر أن يقال: لأنه تعالى جعل الذي عجز عن قراءة هذه السورة سكران.

حق الحرمة ما قالاه بالإجماع أخذا بالاحتياط والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره (ولا يحدّ السكران بإقراره على نفسه) لزيادة احتمال الكذب في إقراره فيحتال لدرئه لأنه خالص حق

فأنزل الله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾[1] [النساء ٤٣] ولا ينبغي أن يعوّل على هذا بل ولا يعتبر به فإنه طريق سماع تبديل كلام الله عز وجل فإنه ليس كل سكران إذا قيل له اقرأ ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ [الكافرون ١] يقول لا أحسنها الآن بل يندفع قارئاً فيبدّلها إلى الكفر، ولا ينبغي أن يلزم أحد بطريق ذكر ما هو كفر وإن لم يؤاخذ به. نعم لو تعين طريقاً حكم الله تعالى، لكن ليس كذلك فإن معرفة السكران لا تتوقف عليه بل له طريق معلوم هي ما ذكرنا، وقوله تعالى ﴿ولا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى﴾ [النساء ٤٣] لمن لم يحسنها لا يوجب قصر المعرّف عليه. قوله: (وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو) ممنوع، بل إذا حكم العرف واللغة بأنه سكران بمقدار من اختلاف الحال حكم بأنه سكران بلا شبهة صحو، وما معه من ذلك القدر من التمييز لم يجعل شبهة في أنه سكران، وإذا كان سكران بلا شبهة حد فالمعتبر ثبوت الشبهة في سكره في نفي الحد لا ثبوت شبهة صحوه. وعرف مما ذكر أن من استدل لأبي حنيفة رضي الله عنه بهذه الآية على أن السكر هو أن لا يعقل منطقاً الخ غريق في الخطإ لأنها في عليّ وأصحابه ولم يصل سكرهم إلى ذلك الحد كما علمت من أنهم أدركوا الوجوب وقاموا للإسقاط وجعلهم سكارى فهي تفيد ضد قوله. وأما قوله تعالى ﴿حتى تعلموا﴾ [النساء ٤٣] الآية فإنما أطلق لهم الصلاة حتى يصحوا كل الصحو بأن يعلموا جميع ما يقولون خشية أن يبدلوا بعض ما يقولون، وليس فيه أن من مراتب السكر كذا وكذا، بل أن من وصل إلى ذلك الحد الذي كانوا فيه سمي سكران، وكون المقدر الذي هو سبب للحد ما هو لا تعرض له بوجه. وقول المصنف (والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه) يفيد أن المراد من الإجماع في قوله

الأدنى في حد السكر كان ممتنعاً عن الأعلى فيه وهو ما قاله أبو حنيفة. قوله: (وهذا) أي ظهور الأثر في مشيته (مما يختلف) فإن السكران ربما يتمايل في مشيته والصاحي ربما يزلق أو يعثر في مشيته فيرى التمايل منه فلا يكون دليلاً. قوله: (ولا يحد السكران بإقراره على نفسه) يعني في الحدود الخالصة حقاً لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة، لأن الإقرار خبر يحتمل الكذب، فإذا

قال المصنف: (ولا يحد السكران بإقراره على نفسه) أقول: قال صاحب النهاية: أي في الحدود الخالصة لله تعالى مثل الزنا وشرب الخمر والسرقة، ولكن يضمن المسروق، كذا في جامع العتابي. وقال صاحب النهاية: ذكر الإمام التمرتاشي ولا يحد السكران بإقراره على نفسه بالزنا والسرقة لأنه إذا صحا ورجع بطل إقراره، ولكن يضمن المسروق، بخلاف حد القذف والقصاص حيث يقام عليه في حال سكره لأنه لا فائدة في التأخير لأنه لا يملك الرجوع لأنهما من حقوق العباد فالأشبه الإقرار بالمال والطلاق والعتاق اهـ. ولا يخفى عليك أن قوله لأنه لا فائدة في التأخير إلخ محل بحث. وفي معراج الدراية بخلاف حد القذف فإنه يحبس حتى يصحو ثم يحد للقذف ثم يحبس حتى يخف منه الضرب ثم يحد للسكر ذكره في المبسوط اهـ. وفي معراج الدراية: قيد بالإقرار لأنه لو زنى وسرق في حالة السكر يحد بعد الصحو، بخلاف الإقرار كذا في الذخيرة اهـ.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٦٧١ والترمذي ٣٠٢٦ والحاكم ٤/ ١٤٢ كلهم من حديث علي. ومداره علي واللفظ للترمذي والحاكم.
ورواه الحاكم بلفظين آخرين، وقال: أصحها أولها.
قلت: الحديث مداره على عطاء بن السائب، وقد اختلط بآخره إلا أن الثوري رواه عنه في رواية أبي داود وإحدى روايات الحاكم، وقد سمع منه قبل اختلاطه.
فالحديث حسن، وبقية رجاله ثقات.
وقال ابن حجر في تخريج الكشاف ١/ ٥١٣: ورواه النسائي والبزار أيضاً. واختلف على ابن السائب. في الداعي والمصلي. فعند الترمذي والحاكم: الداعي هو ابن عوف.
وعند أبي داود الداعي رجل من الأنصار.
وعند الترمذي: المصلي: هو علي، وكذا عند أبي داود حيث فيه: فقدموني. وأما النسائي: فقدموا ابن عوف. وأبهمه البزار وأما الحاكم، فذكر في الرواية الأولى أنه ابن عوف، وصححه، وكذا في الرواية الثانية، وأما في الثالثة، فالمصلي هو علي اهـ بتصرف.

الله تعالى، بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته، ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لأن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر والله أعلم.

والمعتبر في القدح المسكر ما قالاه بالإجماع الإجماع المذهبي وإلا لم يكن للشافعي قول آخر يخالف قولهما. واعترضه شارح بأنه قلد فيه فخر الإسلام وفيه نظر فإن الشافعي يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر جنسه وإن قل، ولا يعتبر السكر أصلاً. ولا يخفى أنه ليس بلازم من نقل قول الشافعي في تحديد السكر ما هو اعتقاد الناقل أن الشافعي يحد بالسكر، بل الحاصل أنه لما قال يحد بالسكر عندنا حد السكر مطلقاً عنهما وعن الشافعي ومفصلاً عن الإمام: أي هو باعتبار اقتضائه الحد هو أقصاه، وباعتبار مجرد الحرمة هو ما ذكرتم. وجاز أن يكون بعض من فسر السكر يحد بلا سكر، وإنما فسره باعتبار آخر كأن حلف بطلاق أو عتاق ليشربن حتى يسكر فيحده ليعلم متى يقع الطلاق والعتاق وغير ذلك، ثم أبطله بأن هذا يتفاوت: أي لا ينضبط فكم من صاح يتمايل ويزلق في مشيته وسكران ثابت وما لا ينضبط لا يضبط به، ولأن الذي وقع في كلام عليّ رضي الله عنه بحضرة الصحابة اعتبار بالأقوال لا بالمشي حيث قال إذا سكر هذي[1] الخ قوله: (ولا يحد السكران بإقراره على نفسه) أي بالحدود الخالصة حقاً لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة، إلا أنه يضمن المسروق، وقيد بالإقرار لأنه لو شهد عليه بالزنا في حال سكره وبالسرقة يحد بعد الصحو ويقطع، وإنما لا يعتبر إقراره في حقوق الله تعالى لأنه يصح رجوعه عنه. ومن المعلوم أن السكران لا يثبت على شيء، وذلك الإقرار من الأشياء والأقوال التي يقولها، فهو محكوم بأنه لا يثبت عليه ويلزمه الحكم بعد ساعة بأنه رجع عنه. هذا مع زيادة شبهة أنه يكذب على نفسه مجوناً وتهتكاً كما هو مقتضى السكر المتصف هو به فيندرىء عنه، بخلاف ما لا يقبل الرجوع فإنه مؤاخذ به لأن غاية الأمر أن يجعل راجعاً عنه لكن رجوعه عنه لا يقبل. هذا والذي ينبغي أن يعتبر في السكر الذي لا يصح معه الإقرار بالحدود على قول أبي حنيفة قولهما فيتفقون فيه كما اتفقوا عليه في التحريم لأنه أدرأ للحدود منه لو اعتبر قوله فيه في إيجاب الحد، وهذا بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد (والسكران كالصاحي) فيما فيه حقوق العباد (عقوبة عليه) لأنه أدخل الآفة على نفسه، فإذا أقرّ بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر، وينبغي أن يكون معناه أنه أقرّ بالقذف سكران وشهد عليه بالسكر من الأنبذة المحرّمة أو مطلقاً على الخلاف في الحد بالسكر من الأشربة المباحة، وإلا فبمجرد سكره لا يحد بإقراره بالسكر، وكذا يؤاخذ بالإقرار بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعتاق وغيرها لأنها لا تقبل الرجوع قوله: (ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لأن الكفر من باب الاعتقاد) أو الاستخفاف، وباعتبار الاستخفاف حكم بكفر الهازل مع عدم اعتقاده لما يقول، ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف لأنهما فرع قيام الإدراك، وهذا يقتضي أن السكران الذي لا تبين امرأته هو الذي لا يعقل منطقاً كقول أبي حنيفة في حده، والظاهر أنه كقولهما، ولذا لم ينقل خلاف في أنه لا يحكم بكفر السكران بتكلمه مع أنهما لم يفسرا السكران بغير ما تقدم عنهما. فوجهه أن أبا حنيفة إنما اعتبر عدم الإدراك في السكران احتياطا لدرء الحد، ولا شك أنه يجب أن يحتاط في عدم تكفير المسلم حتى قالوا: إذا كان في المسئلة وجوه كثيرة توجب التكفير ووجه واحد يمنعه على المفتي أن يميل إليه ويبني عليه، فلو اعتبر في اعتبار

صدر من سكران مهذار زاد احتماله (فيحتال لدرئه لأنه خالص حق الله تعالى، بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد، والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه) بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، فإنهم قالوا إذا سكر هذي وإذا هذى افترى، وحدّ المفترين ثمانون، فهذا

---

(١) هو بعض أثر ابن عوف تقدم قبل بضعة أحاديث. صحيح،

. . . .

عدم ردته بالتكلم بما هو كفر أقصى السكر كان احتياطاً لتكفيره لأنه يكفر في جميع ما قبل تلك الحالة هذا في حق الحكم، أما فيما بينه وبين الله تعالى فإن كان في الواقع قصد أن يتكلم به ذاكراً لمعناه كفر وإلا فلا. فإن قيل: هذا الاعتبار مخالف للشرع فإن الشارع اعتبر دركه قائماً حتى خاطبه في حال سكره وذلك لأن قوله تعالى ﴿لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى﴾ [النساء ٤٣] يتضمن خطاب السكارى، لأنه في حال سكره مخاطب بأن لا يقرّبها كذلك وإلا لجاز له قربانها، وإن لم يعلم ما يقول لعدم الخطاب عليه فلا يفيد هذا الخطاب فائدة أصلاً فهو خطاب للصاحي أن لا يقرّبها إذا سكر، فالامتثال مطلوب منه حال السكر سواء كان يعقل درك شيء ما أو لا كالنائم وهو معنى كونه مخاطباً حال السكر، ولا شك أن تحقق الخطاب عليه ولا درك ليس إلا عقوبة، إذ تلزمه الأحكام ولا علم له بما يصدر منه، فاعتبار دركه زائلاً في حق الردة حتى لا يكفر حينئذ لعدم الاعتقاد، والاستخفاف اعتبار مخالف لاعتبار الشرع في حقه. قلنا: ثبت من الشرع ما يقتضي أنه بعد ما عاقبه بلزوم الأحكام مع عدم فهم الخطاب خفف عنه في أصل الدين رحمة عليه في ذلك خاصة، وذلك حديث[1] عبد الرحمن بن عوف المتقدم فإنه لم يُحْكَمْ بكفر القارىء مع إسقاط لفظة «لا» من ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ [الكافرون ١] ولا شك أن ذلك السكر الذي كان بهم لم يكن بحيث لا درك أصلاً؛ ألا ترى أنهم أدركوا وجوب الصلاة وقاموا إلى الأداء، فعلمنا أن الشارع رحمه في أصل الدين وعاقبه في فروعه ولهذا صححنا إسلامه، ولولا هذا الحديث لقلنا بردته وإن لم يكن له درك ولم نصحح من الكافر السكران إسلامه، ومما ذكرنا يعرف صحة التفصيل الذي ذكرناه وهو أن هذا السكران الذي وقع منه كلمة ردة، ولم يصل إلى أقصى السكر إن كان عن غير قصد إليها كما قرأ عليّ ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ [الكافرون ١] فغير فليس بكافر عند الله ولا في الحكم، وإن كان مدركاً لها قاصداً مستحضراً معناها فإنه كافر عند الله تعالى بطريق تكفير الهازل، وإن لم يحكم بكفره في القضاء لأن القاضي لا يدري من حاله إلا أنه سكران تكلم بما هو كفر فلا يحكم بكفره، والله سبحانه أعلم.

إجماع منهم على وجوب حد القذف، فإذا وجب عليه حد القذف حقاً للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره (ولو ارتدّ السكران لا تبين منه امرأته لما ذكر أن الكفر من باب الإعتاق فلا يتحقق مع السكر) وروى أن عبد الرحمن بن عوف صنع طعاماً فدعا بعض الصحابة فأكلوا وسقاهم خمراً وكان ذلك قبل تحريمها، فأمهم في صلاة المغرب عبد الرحمن أو غيره وقرأ سورة الكافرون بطرح اللاءات مع أن اعتقادها كفر ولم يكن ذلك كفراً من ذلك القارىء، فعلم أن السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من لفظ الكفر، والله أعلم.

---

(١) تقدم قبل أثر واحد.

باب حد القذف

(وإذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصريح الزنا، وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطاً إن كان حراً) لقوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ إلى أن قال ﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ الآية، والمراد الرمي

باب حد القذف

تقدم وجه المناسبة بينه وبين ما قبله وما بعده. والقذف لغة الرمي بالشيء. وفي الشرع: رمي بالزنا، وهو من الكبائر بإجماع الأمة، قال الله تعالى ﴿إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم﴾ [النور ٢٣] وقال عليه الصلاة والسلام «اجتنبوا السبع الموبقات، قيل: وما هن يا رسول الله؟ قال الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات»[1] متفق عليه. وعنه عليه الصلاة والسلام «من أقام الصلوات الخمس واجتنب السبع الكبائر نودي يوم القيامة ليدخل من أيّ أبواب الجنة شاء» وذكر منها قذف المحصنات، وتعلق الحد به بالإجماع مستندين إلى قوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يؤتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً﴾ [النور ٤] (والمراد الرمي بالزنا) حتى لو رماه بسائر المعاصي غير لا يجب الحد بل التعزيز (وفي النص إشارة إليه) أي إلى أن المراد الرمي بالزنا (وهو اشتراط أربعة من الشهود) يشهدون عليها بما رماها به ليظهر به صدقه فيما رماها به، ولا شيء يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة أربعة إلا الزنا، ثم ثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص بالقطع بإلغاء الفارق وهو صفة الأنوثة واستقلال دفع عار ما نسب إليه بالتأثير بحيث لا يتوقف فهمه على ثبوت أهلية الاجتهاد قوله: (وإذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصريح الزنا) بأن قال زنيت أو يا زاني (وطالب المقذوف بالحد حدّه الحاكم ثمانين سوطاً إن كان) القاذف (حراً) وإن كان عبداً حد أربعين سوطاً. شرط الإحصان في المقذوف وهو أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً عفيفاً. وعن داود عدم اشتراط الحرية، وأنه يحد قاذف العبد. وعن أحمد لا يشترط البلوغ بل كون المقذوف بحيث يجامع وإن كان صبياً وهي خلاف المصحح عنه. وعن سعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يحد بقذف الذمية إذا كان لها ولد مسلم، والمعول عليه قول الجمهور وسيأتي الوجه عليه. وقوله: (بصريح الزنا) يحترز عن القذف بالكناية كقائل صدقت لمن قال يا زاني، بخلاف ما لو قال هو كما قلت فإنه يحد. ولو قال أشهد أنك زان فقال الآخر وأنا أشهد لأحد على الثاني لأن كلامه محتمل. ولو قال وأنا أشهد بمثل ما شهدت به حدّ، ويحد بقوله زنى

باب حد القذف

القذف في اللغة الرمي، وفي اصطلاح الفقهاء نسبة من أحصن إلى الزنا صريحاً أو دلالة (إذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصريح الزنا) الخالي عن الشبهة الذي لو أقام القاذف عليه أربعة من الشهود، أو أقرّ به المقذوف لزمه حد الزنا

باب حد القذف

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧٦٦ و ٥٧٦٤ و ٦٨٥٧ ومسلم ٨٩ في الإيمان وأبو داود ٢٨٧٤ والنسائي ٦/ ٢٥٧ وأبو عوانة ١/ ٥٤ والطحاوي في المشكل ١/ ٣٨٢ وابن حبان ٥٥٦١ والبيهقي ٨/ ٢٤٩ والبغوي ٤٥ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

بالزنا بالإجماع، وفي النص إشارة إليه اشتراط أربعة من الشهداء إذ هو مختص بالزنا، ويشترط مطالبة المقذوف لأن فيه

فرجك وبقوله زنيت ثم قال بعد ما قطع كلامه وأنت مكرهة بخلافه موصولاً، وكذا إذا قال ليست أمي بزانية أو أبي فإنه لا يحدّ، وبه قال الشافعي وأحمد وسفيان وابن شبرمة والحسن بن صالح. وقال مالك: وهو رواية عن أحمد يحد بالتعريض لما روى الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر قال: كان عمر يضرب الحد في التعريض. وعن عليّ أنه جلد رجلاً بالتعريض، ولأنه إذا عرف المراد بدليله من القرينة صار كالصريح. قلنا لم يعتبر الشارع مثله، فإنا رأيناه حرم صريح خطبة المتوفى عنها في العدة وأباح التعريض فقال ﴿ولكن لا تواعدوهن سراً﴾ وقال ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء﴾ [البقرة ٢٣٥] فإذا ثبت من الشرع نفي اتحاد حكمهما في غير الحد لم يجز أن يعتبر مثله على وجه يوجب الحد المحتاط في درئه. وأما الاستدلال بأنه ﷺ لم يلزم الحد للذي قال يا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاماً أسود[1] يعرّض بنفيه فغير لازم، لأن إلزام حد القذف متوقف على الدعوى والمرأة لم تدع. وقد أورد أن الحدّ يثبت بنفي النسب وليس صريحاً في القذف، ووردوه باعتبار المفهوم وهو حجة في الروايات. وأجيب بأنه يثبت بالنسبة إلى الزنا بالاقتضاء والثابت مقتضى كالثابت بالعبارة. والحق أن لا دلالة اقتضاء في ذلك لما سيذكر بل حده بالأثر والإجماع فهو وارد لا يندفع، ولا فرق في ثبوت القذف بعد أن يكون بصريح الزنا بين أن يكون بالعربي أو النبطي أو الفارسي أو غير ذلك، فلا يحد لو قال لها زنيت بحمار أو بعير أو ثور لأن الزنا إدخال رجل ذكره الخ، بخلاف ما لو قال لها زنيت بناقة أو أتان أو ثوب أو دراهم حيث يحد لأن معناه زنيت وأخذت البدل إذ لا تصلح المذكورات للإدخال في فرجها. ولو قال هذا لرجل لا يحد لأنه ليس العرف في جانبه أخذ المال. ولو قال زنيت وأنت صغيرة أو جامعك فلان جماعاً حراماً لا يحد لعدم الإثم ولعدم الصراحة، إذ الجماع الحرام يكون بنكاح فاسد، وكذا لا يحد في قوله يا حرام زاده لأنه ليس كل حرام زنا، ولا بقوله أشهدني رجل أنك زان لأنه حاك لقذف غيره، ولا بقوله أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس أو أزنى الزناة، لأن أفعل في مثله يستعمل للترجيح في العلم فكأنه قال أنت أعلم به، وسيأتي خلافه في فروع نذكرها. وأما اشتراط مطالبة المقذوف فإجماع إذا كان حياً، فإن كان ميتاً فمطالبة من يقع القدح في نسبه ثم أن

(وطالب المقذوف بالحد) وعجز القاذف عن إثبات ما قذفه به **(حده الحاكم ثمانين سوطاً إن كان حراً لقوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات﴾** إلى أن قال **﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ الآية، والمراد)** بقوله: **﴿والذين يرمون﴾ (الرمي بالزنا بالإجماع)**، وإليه الإشارة في النص لأنه شرط أربعة من الشهداء وهو مختص بالزنا. واعترض بأن التقييد بصريح الزنا غير مفيد لتحققه بدونه بأن قال لست لأبيك، وبأن القياس أن لا تجب المطالبة لأن حق الله فيه غالب، والمقلوب في مقابلته كالمستهلك، ولئن وجبت فليست مطالبة المقذوف بلازمة، فإن ابنه إذا طالبه حد. والجواب أنه إذا قذفه بصريح الزنا ووجد الشرط وجب الحد لا محالة

قوله: (واعترض بأن التقييد بصريح الزنا غير مقيد لتحققه بدونه بأن قال لست لأبيك إلخ) أقول: وفي النهاية بعد ما قال فإن قلت في هذا وجوه من الشبه وذكر الشبه الثلاث المذكورة في الشرح. والرابع أنه قد يتحقق قذف الرجل المحصن والمرأة المحصنة، ولا يجب حد القذف كما إذا قذف الأخرس المحصن أو المجبوب المحصن أو الرتقاء المحصنة، والرواية في المبسوط، فعلى هذا لا يكون في إطلاقه فائدة. وقال في جوابه: وأما الرابع فإنما لا يحد قاذف الأخرس، لأنه لو كان ينطق لربما يصدق القاذف فلا يقام الحد مع الشبهة، وأما المجبوب والرتقاء فلأنه لا يلحقهما الشين والعار بقذفهما بالزنا لأن الزنا منهما لا يتحقق اهـ. فخلاصة الجواب عن الكل أنه لم يجب الحد على ما ذكرتم لمانع، وفيه عدم المانع غير لازم في الأحكام الكلية كما سيجيء في أوائل الوكالة. ثم أقول: فيه تأمل. ثم لا يخفى أن الأظهر في الأخرس أن يقال: إن فيه شبهة البدلية، فإن إشارته قائمة مقام العبارة، والحدود تندرىء بالشبهات. إلى هذا أشير في الكافي في أوائل الوكالة قوله: (بطريق الكناية) أقول: فإنها تقابل الصريح.

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٢٢٦٢ والطحاوي في معاني الآثار ٣/١٠٣ كلاهما من حديث الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة أن أعرابياً أتى النبي ﷺ... فذكره. وإسناده صحيح رجال رجال البخاري ومسلم.

حقه من حيث دفع العار وإحصان المقذوف لما تلونا. قال: **(ويفرّق على أعضائه)** لما مر في حد الزنا **(ولا يجرّد من ثيابه)** لأن سببه غير مقطوع فلا يقام على الشدة، بخلاف حد الزنا **(غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو)** لأن ذلك يمنع إيصال

نفيه عن غير المقذوف بمفهوم الصفة وهو معتبر، وأورد ينبغي أن لا تشترط المطالبة لأن المغلب فيه حق الله تعالى. فالجواب أن حق العبد مطلقاً يتوقف النظر فيه على الدعوى وإن كان مغلوباً. نعم يرد على ظاهر العبارة قذف نحو الرتقاء والمجبوب فإنه لا يحد فيه مع صدق القذف للمحصنة بصريح الزنا، وكذا الأخرس لاحتمال أن يصدقه لو نطق. وفي الأولين كذبه ثابت بيقين فانتفى إلحاق الشين إلا بنفسه. ولو قال لرجل يا زانية لا يحد استحساناً عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد والشافعي يحد لأنه قذفه على المبالغة، فإن التاء تزاد له كما في علامة ونسابة. ولهما أنه رماه بما يستحيل منه فلا يحد كما لو قذف مجبوباً، وكذا لو قال أنت محل للزنا لا يحد، وكون التاء للمبالغة مجاز لما عهد من التأنيث، ولو كان حقيقة فالحد لا يجب بالشك، ولو قال لامرأة يا زاني حد عندهم لأن الترخيم شائع **(ويفرّق)** الضرب **(على أعضائه لما مرّ في حد الزنا)** قوله: **(ولا يجرّد من ثيابه)** إلا في قول مالك **(لأن سببه)** وهو النسبة إلى الزنا كذباً **(غير مقطوع به)** لجواز كونه صادقاً غير أنه عاجز عن البيان، بخلاف حد الزنا لأن سببه معاين للشهود أو للمقر به، والمعلوم لهما هنا نفس القذف، وإيجابه الحد ليس بذاته بل باعتبار كونه كاذباً حقيقة أو حكماً بعدم إقامة البينة، قال تعالى **﴿فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾** [النور ١٣] فالحاصل أنه تعالى منع من النسبة إلى الزنا إلا عند القدرة على الإثبات بالشهداء لأن فائدة النسبة هناك تحصل، أما عند العجز فإنما هو تشنيع ولقلقة تقابل بمثلها بلا فائدة **(بخلاف حد الزنا غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو)** أي الثوب المحشو لأنه يمنع من وصول الألم إليه، ومقتضاه أنه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشوّ لا ينزع، والظاهر أنه إن كان فوق قميص ينزع لأنه يصير مع القميص كالمحشو أو قريباً منه ويمنع إيصال الألم الذي يصلح زاجراً قوله: **(والإحصان أن يكون المقذوف حراً الخ)** قدمنا ذلك، والكلام هنا في إثبات ذلك، ويثبت الإحصان بإقرار القاذف أو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين خلافاً لزفر وتقدمت، فإن أنكر القاذف الإحصان وعجز المقذوف عن البينة لا يحلف ما يعلم أنها محصنة، وكذا إذا أنكر الحرية ليحد حد الأرقاء القول قوله، ولا يحد كالأحرار إلا أن يقيم المقذوف بينة أنه حرّ، ولو كان القاضي يعلم حريته حدّه ثمانين، وهذا قضاء يعلمه فيما ليس سبباً للحد فيجوز **(أما اشتراط الحرية فلأنه يطلق عليه اسم الإحصان، قال تعالى ﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ [النساء ٢٥] أي الحرائر)** فالرقيق ليس محصناً بهذا المعنى، وكونه محصناً بمعنى آخر كالإسلام وغيره يوجب كونه محصناً من وجه دون وجه، وذلك شبهة في إحصانه توجب درء الحد عن قاذفه فلا يحد حتى يكون محصناً بجميع المفهومات التي أطلق عليها لفظ الإحصان إلا ما أجمع على عدم اعتباره في تحقق الإحصان وهو كونها

فتلك قضية صادقة، وأما إذا قذفه بنفي النسب لا يجب فليس بلازم لأن التقييد به لإخراج ما كان منه بطريق الكناية مثل أن يقول: يا زاني فقال آخر صدقت لا لإخراج ما ذكرتم، وحق العبد وإن كان مغلوباً لكن يصلح اشتراط مطالبته احتياطاً للدرء، وابن المقذوف إنما يقدر على المطالبة لقيامه مقام المقذوف، ولهذا لم يكن حق المطالبة إلا إذا كان المقذوف ميتاً ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه **(وقوله ويفرق)** يعني الضرب **(على أعضاء القاذف على ما مر في حد الزنا)** وهو قوله لأن الجمع في عضو واحد يفضي إلى التلف **(ولا يجرّد من ثيابه لأن سببه غير مقطوع به)** لاحتمال أن يكون القاذف صادقاً في نسبته إلى الزنا وإن كان عاجزاً عن إقامة البينة لأنها على الوصف المشروط فيه لا تكاد تحصل **(فلا يقام على الشدّة بخلاف حد الزنا)** حيث يجرد فيه من ثيابه لأن سببه معاين بالبينة أو الإقرار، وههنا بعد ثبوت القذف بالبينة أو الإقرار يتوقف إقامة الحد على معنى آخر وهو كذبه في النسبة إلى الزنا

قوله: **(يعني الفرو والحشو كما في قوله تعالى إلخ)** أقول: قد سبق نظيره في باب حد الشرب قوله: **(من قذف المجنون الذي زنى حال جنونه إلخ)** أقول: الظاهر أن يقال ومن قذف المجنون الذي زنى حال جنونه إلخ وهكذا في النهاية، ويجوز أن يكون من قبيل ـ كمثل الحمار يحمل أسفاراً.

الألم به (وإن كان القاذف عبداً جلد أربعين سوطاً لمكان الرق. والإحصان أن يكون المقذوف حرّاً عاقلاً بالغاً مسلماً عفيفاً عن فعل الزنا) أما الحرية فلأنه يطلق عليه اسم الإحصان، قال الله تعالى ﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ أي الحرائر، والعقل والبلوغ لأن العار لا يلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما، والإسلام لقوله عليه الصلاة والسلام «من أشرك بالله فليس بمحصن» والعفة لأن غير العفيف لا يلحقه العار، وكذا القاذف صادق

زوجة أو كون المقذوف زوجاً، فإنه جاء بمعناه وهو قوله تعالى ﴿والمحصنات من النساء﴾ [النساء ٢٤] أي المتزوجات، ولا يعتبر في إحصان القذف بل في إحصان الرجم، ولا شك أن الإحصان أطلق بمعنى الحرية كما ذكرنا، وبمعنى الإسلام في قوله تعالى ﴿فإذا أُحْصِنَّ﴾ [النساء ٢٥] قال ابن مسعود أسلمن، وهذا يكفي في إثبات اعتبار الإسلام في الإحصان، والمصنف ذكر فيه ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام «من أشرك بالله فليس بمحصن»(١) وتقدم الكلام عليه وبمعنى العفة عن فعل الزنا، قال تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ [النور ٤] والمراد بهن العفائف، وأما العقل والبلوغ ففيه إجماع، إلا ما عن أحمد أن الصبي الذي يجامع مثله محصن فيحدّ قاذفه، والأصح عنه كقول الناس وقول مالك في الصبية التي يجامع مثلها يحدّ قاذفها خصوصاً إذا كانت مراهقة، فإن الحد بعلة إلحاق العار ومثلها يلحقه، والعامة يمنعون كون الصبي والمجنون يلحقهما عار بنسبتهما إلى الزنا بل ربما يضحك من القائل لصبيّ أو مجنون يا زاني، إما لعدم صحة قصده، وإما لعدم خطابهما بالحرمات. ولو فرض لحوق عار المراهق فليس إلحاقاً على الكمال فيندرىء، وهذا أولى من تعليل المصنف بعدم تحقق فعل الزنا منهما لأنه مؤوّل بأن المراد بالزنا المؤثم وإلا فهو يتحقق منهما إذ يتحقق منهما الوطء في غير الملك، لكن القذف إنما يوجب الحد إذا كان بزنا يؤثم صاحبه، وبه يندفع الإيراد القائل إذا لم يتحقق الزنا منهما فينبغي أن يحد قاذف مجنون زنى حالة جنونه لكن لا يحد وإن كان قذفه حين إفاقته. وأما اشتراط العفة فلأن غير العفيف لا يلحقه العار بنسبته إلى الزنا لأن تحصيل الحاصل محال، ولو لحقه عار آخر فهو صدق، وحد القذف للفرية لا للصدق. وفي شرح الطحاوي في العفة قال: لم يكن وطىء امرأة بالزنا ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد في عمره، فإن كان فعل ذلك مرة يريد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد على قاذفه، وكذا لو وطىء في غير الملك أو وطىء جارية مشتركة بينه وبين غيره سقطت عدالته، ولو وطئها في الملك إلا أنه محرّم فإنه ينظر إن كانت الحرمة مؤقتة لا تسقط عدالته كما إذا وطىء امرأته في الحيض أو أمته المجوسية لا يسقط إحصانه، وإن كانت مؤبدة سقط إحصانه كما إذا وطىء أمته وهي أخته من الرضاع. ولو مسّ امرأة بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة ثم تزوّج بنتها فدخل بها أو أمها لا يسقط إحصانه عند أبي حنيفة، وعندهما يسقط. ولو وطىء امرأة بالنكاح ثم تزوّج بنتها ودخل بها سقط إحصانه انتهى لفظه. وإنما لم يسقط إحصانه عند أبي حنيفة في بنت الممسوسة بشهوة لأن كثيراً من الفقهاء

وهو غير متيقن به. وقوله: (غير أنه ينزع عنه الحشو) استثناء من قوله ولا يجرد. وقوله: (لأن ذلك) يعني الفرو والحشو كما في قوله تعالى ﴿عوان بين ذلك﴾ وقوله: (وإن كان القاذف عبداً) ظاهر. وقوله: (والإحصان) بيان شرطه. وقوله: (لعدم تحقق فعل الزنا منهما) قيل عليه لو كان كذلك لحد من قذف المجنون الذي زنى في حال جنونه ولا يحد وإن قذفه بعد الإفاقة. وأجيب بأن معنى قوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما الزنا الذي يؤثم صاحبه ويوجب الحد عليه ولم يوجد منهما، وأما الوطء الذي هو غير مملوك فقد تحقق منهما، وبالنظر إلى هذا كان القاذف صادقاً في قذفه فلا يجب الحد على القاذف ولا على المقذوف كمن قذف رجلاً بوطء شبهة أو وطء جاريته المشتركة بينه وبين غيره. وقوله: (والإسلام لقوله عليه الصلاة والسلام «من أشرك بالله فليس بمحصن») تقريره أن الله تعالى أوجب حد القذف بقذف المحصن بقوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ الآية، والكافر ليس

---

(١) تقدم مستوفياً في ٢ ـ ٣/ ٢٣٩ فصل في كيفية الحد. وإسناده ضعيف.

فيه **(ومن نفى نسب غيره فقال لست لأبيك فإنه يحد)** وهذا إذا كانت أمه حرة مسلمة، لأنه في الحقيقة قذف لأمه لأن النسب إنما ينفي عن الزاني لا عن غيره. **(ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لأبيه الذي يدعى له يحد، ولو قال في غير غضب لا يحد)** لأن عند الغضب يراد به حقيقته سباً له، وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته أباه في أسباب

يصححون نكاحها قوله: **(ومن نفى نسب غيره فقال لست لأبيك فإنه يحد وهذا إذا كانت أمه حرّة مسلمة)** وكذا اقتصر عليه الحاكم في الكافي، وعلله في الهداية بأنه في الحقيقة قذف لأمه، فكأنه قال أمة زانية، لأنه إذا كان لغير أبيه ولا نكاح لذلك الغير كان عن زناها معه. قيل فعلى هذا كان الأولى أن يقال: إذا كانت محصنة حتى يشمل جميع شرائط الإحصان. وأورد عليه أنه يجوز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه ولا تكون أمه زانية بأن كانت موطوءة بشبهة أو نكاح فاسد. الجواب أن المراد أنك لست لأبيك الذي ولدت من مائه بل مقطوع النسب منه، وهذا ملزوم بأن الأم زنت مع صاحب الماء الذي ولد منه، وهذا معنى قول المصنف لأن النسب إنما ينفى عن الزاني لا عن غيره. وحاصله أن نفي نسبه عن أبيه يستلزم كون أبيه زانياً لأن النسب إنما ينفى عن الزاني فيلزم أن أمه زنت مع أبيه فجاءت به من الزنا. ولا يخفى أنه ليس بلازم لجواز كون أبيه زنى بأمه مكرهة أو نائمة فلا يثبت نسبه من أبيه ولا يكون قاذفاً لأمه فالوجه إثباته بالإجماع، وهذا بناء على الحكم بعدم إرادة الأب الذي يدعى إليه وينسب بخصوصه، ولا شك في هذا وإلا كانت بمعنى المسئلة التي تليها وهي التي يرد عليها السؤال المذكور، وجوابه ما سيجيء. وحمل بعضهم وجوب الحد في هذه على ما إذا كان قوله ذلك في حال الغضب والسباب بدليل المسئلة التي تليها، فإذن يختلف المراد بلفظ الأب على هذا التقدير، فإنه إذا كان في غير الغضب فإنما يراد بالأب الأب المشهور، فيكون النفي مجازاً عن نفي المشابهة في محاسن الأخلاق قوله: **(ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لأبيه الذي يدعي إليه يحد، ولو قال في غير غضب لا يحد لأن عند الغضب يراد به حقيقته)** أي حقيقة نفيه عن أبيه لأنه حالة سبّ وشتم، وفي غيره يراد به المعاتبة على عدم تشبهه به في محاسن أخلاقه. ولا يخفى أن في حالة الغضب ليس نسبة أمه إلى الزنا أمراً لازماً لجواز نفيه عنه. والقصد إلى إثباته

بمحصن لقوله ﷺ «من أشرك بالله فليس بمحصن» فلا يجب عليه حد القذف **(ومن نفى نسب غيره فقال لست لأبيك يحدّ إن كانت أمه حرّة مسلمة لأنه في الحقيقة قذف أمه)** لأنه نفي النصب **(والنسب إنما ينفى عن الزاني لا عن غيره)** وتقريره أن فرض المسئلة فيما إذا كان أبوه وأمه معروفين ونسبه من الأم ثابت بيقين ونفاه عن الأب المعروف فكان دليلاً على أنه زنى بأمه وفي ذلك قذف لأنه لا محالة. قيل يشترط أن يكون في حالة الغضب في هذه المسئلة كالتي بعدها. وقيل يجب أن لا يجب الحد ههنا وإن كان قذفه في حالة الغضب لجواز أن ينفي النسب عن أبيه من غير أن تكون الأم زانية من كل وجه بأن تكون موطوءة بشبهة ولدت في عدة الواطىء. وأجيب بأن ما ذكرته وجه القياس في هذه المسئلة ووجوب الحد فيها بالاستحسان بالأثر قال في المبسوط: وإنما تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود قال: لا حد إلا في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه. وقوله: **(ومن قال لغيره في غضب الخ)** ظاهر، وطولب بالفرق بين هذه وبين قوله في حالة الغضب أو غيرها لست بابن فلان ولا بابن فلانة وهي أمه التي تدعى له

قال المصنف: **(ومن نفى نسب غيره وقال: لست لأبيك)** أقول: أي لست لأصلك الذي خلقت من مائه، وإنما ينقطع نسبه عن صاحب الماء إذا حصل بالزنا، حتى لو قال لست لأبيك فلان بالتعيين يكون على تفصيل الغضب وعدمه كما سيجيء أيضاً قال المصنف: **(وهذا إذا كانت أمه حرة مسلمة)** أقول: الأولى أن يقول محصنة ليعم قوله: **(وقيل يجب، إلى قوله: ولدت في عدة الواطىء)** أقول: وأجاب في الكافي بأنه إذا وطئت بشبهة كان الولد ثابت النسب من إنسان، وإنما لا يكون ثابت النسب من الأب إذا كانت الأم زانية، فدل أنه قذف أمه بهذا اللفظ يؤيده قول ابن مسعود رضي الله عنه: لا حد إلا في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه اهـ. وقوله كان الولد ثابت النسب من إنسان: أي إذا كانت تحت زوج فنسبه منه، وإن لم يكن فمن الواطىء، فكان ثابتاً من إنسان ضرورة هو أبوه. قوله وإنما لا يكون ثابت النسب من الأب إذا كانت الأم زانية: يعني وهو قد قذفه بنفي نسبه عن الأب فدل ذلك على أنه لم يرد بقذفه كون أمه موطوءة بشبهة لما فيه من ثبوت النسب أيضاً. ثم أقول: لا يذهب عليك أن فرض المسئلة فيما ذكره يدفع هذا السؤال ولا يحتاج إلى الجواب.

المروة **(ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد)** لأنه صادق في كلامه، ولو نسبه إلى جده لا يحد أيضاً لأنه قد ينسب إليه مجازاً **(ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف)** لأنه قذف محصنة بعد موتها **(ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد)** لأن العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون

من غيره لشبهة أو نكاح فاسد كالتي قبلها، فثبوت الحد به بمعونة قرائن الأحوال، وهذا لا يثبت القذف بصريح الزنا. وكذا ذكر في المبسوط أن في الأول الحد استحساناً بأثر ابن مسعود، وهو ما ذكره الحاكم في الكافي من قول محمد: بلغنا عن عبد الله بن مسعود أنه قال: لا حد إلا في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه. ثم حملوا الأثر على النفي حالة الغضب، وحكموا بأنه حالة عدمه لم ينفه عن أبيه بدلالة الحال فليس هذا من التخصيص في شيء إذ ليس قذفاً، وإنما يكون تخصيصاً لو كان قذفاً أخرج من حكم القذف. ولو قال لست بابن فلان ولا ابن فلانة لا يحد مطلقاً لأن حده في قوله لست ابن فلان في حالة الغضب مقتصراً عليه باعتبار أنه قذف أمه، وإذا نفى نسبه عن أمه فقد نفى ولادتها إياه فقد نفى زناها به فكيف يحد. هذا، وأما إذا قال يا ولد الزنا أو يا ابن الزنا فلا يتأتى فيه تفصيل بل يحد البتة، بخلاف ما لو قال يا ابن القحبة فإنه يعزر، ولو قال لامرأته يا حليلة فلان لا يحد ولا يعزر قوله: **(ولو قال لست بابن فلان يريد بفلان جده لا يحد لأنه صادق في كلامه)** وكذا لو قال أنت ابن فلان: يعني جده هو صادق لأنه قد ينسب إلى الجد مجازاً متعارفاً، وفي بعض أصحابنا ابن أمير حاج وأمير حاج جده، وكذا لو قال أنت ابن فلان لعمه أو خاله أو زوج أمه لا يحد لأن كلاً منهما أطلق عليه اسم الأب كما سيأتي. واعلم أن قوله لست ابن فلان لأبيه المعروف له معنى مجازي هو نفي المشابهة ومعنى حقيقي هو نفي كونه من مائه مع زنا الأم به أو عدم زناها بل بشبهة، فهي ثلاثة معان: يمكن إرادة كل منها على الخصوص، وقد حكموا بتحكيم الغضب وعدمه، فمعه يراد نفي كونه من مائه مع زنا الأم به، ومع عدمه يراد المجازي. وقوله لست ابن فلان لجده له معنى مجازي هو نفي مشابهته لجده، ومعنيان حقيقيان أحدهما نفي كونه مخلوقاً من مائة والآخر نفي كونه أباً أعلى له، وهذا يصدق بصورتين: نفي كون أبيه خلق من مائه بل زنت جدته به، أو جاءت به بشبهة، وكل هذه المعاني يصح إرادة كل منها، وقد حكم بتعيين الغضب: أخدها بعينه في الأول وهو كونه ليس من مائه مع زنا الأم به، إذ لا معنى لأن يخبره في السباب بأن أمه جاءت به بغير زنا بل شبهة، فيجب أن يحكم أيضاً بتعيين الغضب في المعنى الثاني الذي هو نفي نسب أبيه عنه وقذف جدته به، فإنه لا معنى لإخباره في حالة الغضب بأن لم تخلق من ماء جدك، وهو مع سماجته أبعد في الإرادة من أن يراد نفي أبوته لأبيه، لأن هذا كقولنا السماء فوق الأرض، ولا مخلص إلا أن يكون فيها إجماع على نفي الحد بلا تفصيل، كما أن في تلك إجماعاً على ثبوته بالتفصيل. ولو قال له أنت ابن فلان لغير هؤلاء حد مع أنه ليس بقذف صريح لجواز كونه ابنه شرعاً بلا زنا على ما قلنا، فإنما هو استحسان بمعنى حديث ابن مسعود، وهذه الصور ستأتي في الكتاب لكنها هنا أنسب قوله: **(ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة كان للولد المطالبة بحده)** فإذا طالب به حد القاذف **(ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القدح في نسبه بقذفه)** وهو الوالد وإن علا والولد وإن سفل، لأن العار يلتحق بهما للجزئية فيكون القذف متناولاً معنى لهما فلذلك يثبت لهما حق المطالبة، لكن لحوقه لهما بواسطة لحوق المقذوف بالذات فهو الأصل في ذلك فهو الأصل في الخصومة، لأن العار يلحقه مقصوداً فلا يطالب غيره بموجبه إلا عند اليأس عن مطالبته وذلك بأن يكون ميتاً، فلذا لو

حيث لا يكون قذفاً مع أن القذف يراد بهذا اللفظ. وأجيب بأن قوله ولا بابن فلانة نفى عنها، وإنما ينتفي عن أمه بانتفاء الولادة فكان نفياً للولادة ونفي الولادة نفي الوطء ونفي الوطء نفي الزنا، بخلاف ما إذا لم يقل ذلك لأنه نفى عن الوالد، وولادة الولد ثابتة من أمه فصار كأنه قال له أنت ولد الزنا. قال: **(ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لأنه قذف محصنة بعد موتها)** بخلاف ما إذا قذفها ثم ماتت فإن الحد يسقط **(ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القدح في نسبة بقذفه وهو الوالد والولد)** يعني الأب والجد وإن علا، والولد وولد الولد وإن سفل، نقله صاحب النهاية عن الفقيه أبي الليث، ثم

القذف متناولاً له معنى. وعند الشافعي يثبت حق المطالبة لكل وارث لأن حد القذف يورث عنده على ما نبين، وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الإرث بل لما ذكرناه، ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل، ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافاً لمحمد، ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافاً لزفر **(وإذا كان المقذوف محصناً جاز لابنه**

كان المقذوف غائباً لم يكن لولده ولا لوالده المطالبة خلافاً لابن أبي ليلى لأنه يجوز أن يصدقه الغائب، وما ذكرنا من أن حق المطالبة يثبت للأب وإن علا ذكره الفقيه أبو الليث. وفي فتاوى قاضيخان: رجل قذف ميتاً فلولده وولد ولده ووالده أن يأخذ القاذف ويحده، وولد الابن وولد البنت سواء في ظاهر الرواية، ولا يأخذه بذلك أخ ولا عم ولا جدّ أبو الأب ولا أم الأم ولا عمة ولا مولاه. وعند الشافعي ومالك وأحمد أيضاً تثبت المطالبة لكل وارث بناء على أنه يورث عنده، ففي فتاوى القاضي قال محمد: لكل من يرثه ويورث منه أن يأخذ القاذف ويحده اهـ. وهذه رواية غريبة عن محمد. ثم للشافعية فيمن يرثه ثلاثة أوجه: أحدها أن يرثه جميع الورثة. والثاني غير الوارث بالزوجية. والثالث يرثه ذكور العصبات لا غيرهم **(وعندنا ليس بطريق الإرث بل لما ذكرنا)** من لحوق العار، ولذا لا يثبت للأخ عندنا حق المطالبة به لأن قرابة الولاد بمنزلة نفس الإنسان، فاللاحق من العار للإنسان كاللاحق لنفس ولده ووالده، بخلاف الأخ لا يلحقه ضرر عار زنا أخيه كما لا يلحقه النفع بانتفاع أخيه، ولعلم الشرع بذلك أجاز شهادة الأخ لأخيه، فليس لأخي المقذوف ولا لعمه وخاله المطالبة بحد القذف، ولم تجز شهادة الولد والوالد لأنهما في حكم نفس المشهود له **(ولهذا)** أعني لكون حق المطالبة للحوق العار غير دائر مع الإرث **(يثبت للمحروم عن الميراث بالقتل)** أو الرق أو الكفر فلقاتل أبيه أن يطالب قاذفه بعد قتله بحد القذف، وكذا إذا كان الولد عبداً أو كافراً خلافاً لزفر رحمه الله **(ويثبت لولد بنت المقذوف كما يثبت لولد الابن خلافاً لمحمد)** ويثبت للأبعد مع وجود الأقرب **(وكذا يثبت لولد الولد)** حق المطالبة **(مع وجود الولد خلافاً لزفر)** ولو عفا بعضهم كان لغيره أن يطالب به لأنه للدفع عن نفسه. وقوله: **(خلافاً لمحمد)** يعني في رواية ليست هي ظاهر الرواية عنه، ووجهها أن نسبه إلى أبيه وهو أجنبي عن جدته لأمه بدليل أنه لم يدخل في لفظ ولد الولد ولذا لو وقف على أولاده وأولاد أولاده لا يدخل ابن البنت في ظاهر الرواية. وجه الظاهر عنهم أولاً يمنع عدم الدخول بل يدخل كقول الخصاف وقد اختاره جماعة في الوقف، وثانياً بتقدير التسليم أن المبني مختلف لأن مبني ثبوت الخصومة في حق القذف ثبوت الجزئية المستلزمة لرجوع عار المنسوب إلى الإنسان إلى الآخر، وثبوت الوقف عليه بثبوت تبادر ولد البنت من قولنا أولاد فلان لأنه وقف على من يسمى به، فإذا لم يتبادر لا يشمله الوقف وصار كالوصية لأولاد أولاد فلان لا يدخل أولاد بناته لهذا. وجه قول زفر إن ما يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد

قال: كذا وجدت بخط شيخي، ونقل غيره من الشارحين عن شرح الجامع الصغير **(لأن العار يلتحق به)** أي بكل واحد من الوالد والولد **(لمكان الجزئية فيكون القذف متناولاً له معنى)** وردّ بأن التعليل بالجزئية غير صحيح لتخلف الحكم عنها إذا كان المقذوف حياً غائباً فإنه ليس لأحد أن يأخذ بحده إذ ذاك. وأجيب بأن الأصل في الباب هو المقذوف لا محالة وغيره ممن بينه وبينه جزئية يقوم مقامه، وإنما يقوم الشيء مقام غيره إذا وقع اليأس من الأصل، وإنمايقع اليأس بموته فلا يقوم غيره مقامه قبل موته. وقوله: **(وعند الشافعي)** ظاهر. وقوله: **(لما ذكرناه)** يعني قوله لأن العار يلتحق به. وقوله: **(كما يثبت لولد الابن)** يعني بالاتفاق

قوله: **(ونقل غيره من الشارحين)** أقول: أراد الإتقاني قوله: **(عن شرح الجامع الصغير)** أقول: هو الفقيه أبي الليث قال المصنف: **(فيكون القذف متناولاً له معنى)** أقول: قال الزيلعي: لأن العار نوع ضرر والضرر الراجع إلى الأصول والفروع كالراجع إلى نفسه، وكذا النفع الراجع إليهم كالنفع الراجع إلى نفسه؛ ألا يرى أن ذلك منع قبول الشهادة لهم ودفع الزكاة إليهم ومنع الوكيل من البيع وغير ذلك من الأحكام اهـ. بخلاف الأخ والعم وغيرهما قوله: **(فإنه ليس لأحد أن يأخذ بحده)** أقول خلافاً لابن أبي ليلى. قال المصنف: **(ويثبت لولد البنت)** أقول: قال الإتقاني: وإن لم يكن وارثاً لأنه من ذوي الأرحام اهـ. وفيه بحث لأنه وارث عندنا. ففي التفريع تأمل، ودفعه غير خفي لأن المراد بالإرث هو الإرث بطريق الفرضية والعصوبة إذ هما من أسباب الإرث عند الشافعي.

الكافر والعبد أن يطالب بالحد) خلافاً لزفر. هو يقول: القذف يتناوله معنى لرجوع العار إليه، وليس طريقة الإرث عندنا فصار كما إذا كان متناولاً له صورة ومعنى. ولنا أنه عيره بقذف محصن فيأخذه بالحد، وهذا لأن الإحصان في الذي ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعييراً على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل إلى ولده، والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق، بخلاف إذا تناول القذف نفسه لأنه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الإحصان في المنسوب إلى الزنا

الولد مع الولد كولد المقذوف معه واعتبره بالخصومة في الكفاءة فإنه لا خصومة للأبعد مع وجود الأقرب. والجواب منع أن ما يلحق الأقرب فوق ما يلحق الأبعد بل أكل من ينسب إلى المقذوف بالجزئية لحقه من العار مثل ما لحق الآخر لاتحاد الجهة والتبعية، بخلاف المقذوف مع ولده لأنه لحقه العار مقصوداً بالإلحاق به دون ولده وولد ولده. وأما حق خصومة الكفاءة فإنما يثبت للأقرب بالحديث وهو قوله ﷺ «الإنكاح إلى العصبات»[1] فعلم ترتبهم في ذلك لأن الإسم يشعر به حيث علم أن حكمه ذلك. فإن قلت: قد ظهر الاتفاق على ولاية مطالبة ولد الولد بقذف جدّه وجدته إنما خالف زفر في ذلك عند وجود الأقرب فما وجه ما في قاضيخان فإذا قال جدّك زان لا حدّ عليه. قلنا: ذلك للإيهام لأن في أجداده من هو كافر فلا يكون قاذفاً ما لم يعين مسلماً، بخلاف قوله أنت ابن ابن الزانية لأنه قاذف لجدّه الأدنى، فإن كان أو كانت محصنة حد قوله: **(وإذا كان المقذوف محصناً جاز لابنه الكافر ولابنه العبد أن يطالب بالحد خلافاً لزفر)** ولكل من قال طريقه للإرث: يعني إذا كان المقذوف ميتاً بأن وقع بعد موت المقذوف لأنه لا يورث ولا يطالب به الابن في حال حياة المقذوف **(هو يقول القذف تناول الابن معنى لا صورة لرجوع العار إليه)** وليس الحد الآن والمطالبة به لأجل أمه إذ ليس طريقه الإرث عندنا، وإذا تناوله معنى فغاية أمره أن يجعل كأنه تناوله صورة ومعنى بأن يكون هو المقصود بالقذف، ولو كان كذلك لم يكن له المطالبة لعدم إحصانه، فكذا إذا كان مقذوفاً معنى فقط **(ولنا أنه)** أي

(خلافاً لمحمد) فإنه روي عنه أن حق المطالبة لا يثبت لولد البنت لأنه منسوب إلى أبيه لا إلى أمه فلا يلحقه الشين بزنا أبي أمه. وفي ظاهر الرواية: النسب يثبت من الطرفين ويصير الولد به كريم الطرفين **(ويثبت لولد الولد حال قيام الولد)** وقال زفر رحمه الله: ليس لولد الولد حال قيام الولد أن يخاصم، لأن الشين الذي يلحق الولد فوق الذي يلحق ولد الولد، فصار ولد الولد مع قيام الولد كالولد مع بقاء المقذوف، واعتبر هذا بطلب الكفاءة فإنه لا خصومة فيه مع بقاء الأقرب. ولكنا نقول: حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين بنسبته إليه، وذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في حق الوالد، فأيهما خاصم يقام الحد لخصومته، بخلاف المقذوف فإن حق الخصومة له باعتبار تناول القاذف من عرضه مقصوداً، وذلك لا يوجد في حق ولده، وبخلاف الكفاءة فإن طلبها إنما يثبت للأقرب بقوله ﷺ «الإنكاح إلى العصبات» وفي الحكم المرتب على العصوبة يقدم الأقرب على الأبعد. **(وإذا كان المقذوف محصنا)** وهو ميت **(جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد، خلافاً لزفر. هو يقول: القذف تناوله معنى لرجوع العار إليه، وليس طريقه الإرث عندنا)** لأن حد القذف لا يورث **(فصار كما إذا كان متناولاً له صورة ومعنى)** في رجوع العار إليه، ولو كان متناولاً له صورة ومعنى بأن قذفه قاذف ابتداء لم يجب عليه الحد لعدم إحصان المقذوف، فكذا إذا تناوله معنى. قيل قوله وليس طريقه الإرث غير مفيد له في هذا المقام، لأنه لو كان طريقه الإرث أيضاً لم يكن له أن يخاصم، لأن المانع عن الإرث موجود وهو الكفر أو الرق. وقيل تحرير كلامه أن الحد إما أن يجب في هذه الصورة على القاذف لقذفه أم المقذوف أو لقذف نفس هذا الابن الكافر، لا جائز أن يكون لأجل أمه لأن الحد لا يورث ولا أن يكون لأجل نفسه لأنه ليس بمحصن وهو كما ترى **(ولنا أنه عيره بقذف محصن)** وهو ظاهر، لأن فرض المسئلة فيه وكل من عير بقذف محصن جاز أن يأخذ بحده لأنه تعيير على الكمال فيقتضي زاجراً. وأشار المصنف إلى هذا الكلام بقوله: **(وهذا لأن الإحصان في الذي ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعييراً على الكمال ثم يرجع هذا، التعيير الكامل إلى ولده)** فجاز له أن يأخذ بالحد. فإن قيل: جاز أن يكون المانع موجوداً فلا يترتب الحكم على المقتضي. أجاب بقوله: **(والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق)** أي استحقاق أهلية الخصومة لأن استحقاقها باعتبار لحوق الشين وذلك موجود في الولد الكافر والمملوك لأن النسبة لا تنقطع بالرق والكفر، بخلاف ما إذا تناول القذف نفسه فإنه لا يوجد التعيير

---

(١) تقدم في كتاب النكاح باب الولاية.

(وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة، ولا للابن أن يطالب أباه بقذف أمه الحرة المسلمة) لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده، وكذا الأب بسبب ابنه، ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده، ولو كان لها ابن من غيره له أن يطالب

القاذف (**غيره بقذف محصن**) هو أمه أو أبوه (**فيأخذه بالحد**، وهذا لأن **الإحصان في**) المقذوف قصداً وهو (**الذي ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعييراً على الكمال**) لأنه لا يقع تعييراً كاملاً إلا إذا كان محصناً (**ثم يرجع هذا التعيير الكامل إلى ولده**) فيثبت له حق المطالبة على طريق الأصالة للشين الذي لحقه لا للخلافة، ثم يترتب على المطالبة إقامة الحد حقاً لله تعالى (**والكفر لا ينافي أهلية استحقاق المطالبة بخلاف ما إذا قذفه نفسه**) لعدم إحصانه فلم يقع التعيير إذ لم يكن محصناً على الكمال. والحاصل أن السبب التعيير الكامل وهو بإحصان المقذوف فإن كان حياً كانت المطالبة له أو ميتاً طالب به أصله أو فرعه، وإن لم يكن محصناً لم يتحقق التعيير الكامل في حقه قوله: (**وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة**) أي التي قذفها في حال موتها (**ولا للابن أن يطالب أباه**) وإن علا (**بقذف أمة الحرة المسلمة**) التي قذفها في حال موتها بأن قال رجل لعبده يا ابن الزانية وأمه ميتة حرة، أو قال لابنه أو لابن ابنه وإن سفل بعد وفاة أمه يا ابن الزانية، وهو قول الشافعي وأحمد ورواية عن مالك، والمشهور عنه أن للابن أن يطالب أباه بقذف أمه وهو قول أبي ثور وابن المنذر لإطلاق آية ﴿**فاجلدوهم**﴾ [النور ٤] ولأنه حد هو حق الله فلا يمنع من إقامته قرابة الولاد. وقال مالك: إذا حد الأب سقطت عدالة الابن لمباشرته سبب عقوبة أبيه مع قوله تعالى ﴿**فلا تقل لهما أف**﴾ [الإسراء ٢٣] والجواب أن الإطلاق أو العموم مخرج منه الولد على سبيل المعارضة بقوله تعالى ﴿**فلا تقل لهما أف**﴾ [الإسراء ٢٣] والمانع مقدم (**ولهذا لا يقاد الوالد بولده**) ولا يقطع بسرقته فانتقضت عليه الحد بالإجماع على عدم القطع وصار الأصل لنا عموم الآية، أعني قوله تعالى ﴿**فلا تقل لهما أف**﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام «لا يقاد الوالد بولده، ولا السيد بعبده»[1] وأما

على الكمال لفقد الإحصان في المنسوب إلى الزنا. قال: (**وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ولا للابن أن يطالب أباه**) أو جدّه وإن علا (**بقذف أمه**) وجدته وإن علت، ولا أمه ولا جدته وإن علت بقذف نفسه (**لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده**) قال ﷺ «لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده» فلما لم يجب القصاص والمغلب فيه حق العبد وسببه متيقن به فلأن لا يجب حد القذف والمغلب فيه حق الله وسببه وهو القذف غير متيقن به لجواز أن يكون صادقاً فيما نسبه إليه أولى. قوله: (**ولو كان لها ابن**

---

(١) صدره حسن. أخرجه الترمذي ١٤٠٠ وابن ماجه ٢٦٦٢ والدارقطني ٣/ ١٤٠ والبيهقي ٨/ ٣٨.٣٩ وأحمد ١/ ٤٩ كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عمر بن الخطاب مرفوعاً: «لا يقتل والد بولده» وله قصة.

وفي إسناده الحجاج بن أرطاة ليس بالقوي.

وله شاهد من حديث ابن عباس. أخرجه الترمذي ١٠٤١ وابن ماجه ٢٦٦١ والدارمي ٢٢٦٨ والدارقطني ٣/ ١٤١ والبيهقي ٨/ ٣٩ كلهم من حديث ابن عباس: «لا تقام الحدود في المساجد، ولا يقتل الوالد بالولد».

قال الترمذي: لا نعرفه مرفوعاً بهذا الإسناد إلا من حديث إسماعيل بن مسلم وقد تُكلم فيه من قبل حفظه اهـ. لكن تابعه سعيد بن بشير على عمرو بن دينار. أخرجه الحاكم ٤/ ٣٦٩ لكن سعيد بن بشير ضعيفٌ. وتابعهما عبيد الله بن الحسن العنبري على ابن دينار أخرجه البيهقي ٨/ ٣٩ لكن الراوي عن العنبري ساقط.

قلت: وحديث عمرو بن شعيب عن عمر الذي تقدم أن فيه الحجاج بن أرطاة قد توبع فيه تابعه محمد بن عجلان أخرج ابن الجارود ٧٨٨ والبيهقي ٨/ ٣٨ وإسناده حسن رجاله كلهم ثقات.

ورواه الترمذي من حديث سراقة وقال: ليس إسناده بصحيح. وهذا حديث فيه اضطراب والعمل على هذا: أن الأب لا يقتل بابنه وإذا قذف ابنه لا يحدّ اهـ.

وأخرج البيهقي من طرق أخرى واهية وكذا قال البيهقي لكن بمجموعها يتقوى، ويرقى إلى درجة الحسن. وانظر نصب الراية ٤/ ٣٣٩. ٣٤١، وتلخيص الحبير ٤/ ١٦. ١٧.

تنبيه: وأما لفظ: «ولا السيد بعبده» فإسناده ضعيف ليس في الطرق المتقدمة وإنما هو في المستدرك ٢/ ٢١٦ و ٤/ ٣٦٨ من حديث ابن عباس وصححه الحاكم. ورده الذهبي بقوله: فيه عمر بن عيسى منكر الحديث.

فائدة: ذكر البهاء المقدسي في شرح العمدة ص ٤٩٥ عن ابن عبد البر في حديث: «لا يقاد والد بولده» ما نصه: هو حديث مشهور عند أهل العلم في الحجاز والعراق مستفيض عندهم يستغني بشهرته، وقبوله، والعمل به عن الإسناد فيه حتى يكون الإسناد فيه مع شهرته تكلفاً اهـ.

لتحقق السبب وانعدام المانع. (ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد) وقال الشافعي: لا يبطل (ولو مات بعد ما أقيم بعض الحد بطل الباقي) عندنا خلافاً له بناء على أنه يورث عنده وعندنا لا يورث، ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد فإنه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص، فمن هذا الوجه حق العبد، ثم إنه شرع زاجراً ومنه سمي حداً، والمقصود من شرع الزاجر إخلاء العالم عن الفساد، وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد

الإجماع على عدم القطع فلشبهة الملك للأب في المسروق فلا يرد على مالك. نعم دلالة الإجماع على كونه لا يقاد به لازمه، فإن إهدار جنايته على نفس الولد توجب إهدارها في عرضه بطريق أولى مع أن القصاص متيقن بسببه والمغلب فيه حق العبد، بخلاف حد القذف فيهما، ولضعف الاستدلال بعدم القطع بسرقة مال الابن اقتصر المصنف على قوله ولهذا لا يقاد الوالد بولده. وقول المصنف (لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده) استدلال على عدم اعتبار مطالبة العبد لسيده بقذف أمه. قيل لأن حق عبده حقه فلا يجوز أن يعاقب بسبب حق نفسه قوله: (ولو كان لها) أي لزوجته الميتة التي قال لولدها بعد موتها يا ابن الزانية (ولد آخر من غيره كان له حق المطالبة) بإجماع الأئمة الأربعة لأن لكل منهما حق الخصومة وظهر في حق أحدهما مانع دون الآخر فيعمل المقتضى عمله في الآخر، ولذا لو كان جماعة يستحقون المطالبة فعفا أحدهم كان للآخر المطالبة به، بخلاف عفو أحد مستحقي القصاص بمنع استيفاء الآخر لأن القصاص حق واحد للميت موروث للوارثين، فبإسقاط أحدهما بالعفو لا يتصور بقاؤه لأن القتل الواحد لا يتصور تجزيه، أما هنا فالحق في الحد لله تعالى ولكل ولاية المطالبة به فلا يبطل بإسقاط أحدهما.

[فرع] يجوز التوكيل بإثبات الحدود من الغائب في قول أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف، وكذا في القصاص لأن خصومة الوكيل تقوم مقام خصومة الموكل، وشرط الحد لا يثبت بمثله، والإجماع أنه لا يصح باستيفاء الحد والقصاص لأنها عقوبة تندرىء بالشبهات، ولو استوفاه الوكيل مع غيبة الموكل كان مع احتمال أنه عفا أو أن المقذوف قد صدق القاذف أو أكذب شهوده، ولا يخفى قصور التعليل الأول لأن حقيقة العفو بعد ثبوت السبب لا يسقط الحد فمع احتماله أولى قوله: (ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد، وقال الشافعي: لا يبطل ولو مات بعد ما أقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافاً له بناء على أنه يورث عنده) فيرث الوارث الباقي فيقام له (وعندنا لا يورث ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد فإنه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص) كالقصاص (فمن هذا الوجه) أي من هذا الدليل (هو حق العبد ثم) نعلم (أنه شرع زاجراً ومنه سمي حداً، والمقصود من شرع الزواجر) كلها (إخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع) إذ لم يختص بهذا إنسان دون غيره (وبكل) من حق الله وحق العبد في حد القذف (تشهد الأحكام) فباعتباره حقاً للعبد شرطت الدعوى في إقامته ولم تبطل الشهادة بالتقادم، ويجب على المستأمن ويقيمه القاضي بعلمه إذا علمه في أيام قضائه، وكذا لو قذفه بحضرة القاضي حدّه، وإن علمه القاضي قبل أن يستقضي ثم ولى القضاء ليس له أن يقيمه حتى يشهد به عنده، ويقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة إذا اجتمعا، ولا يصح الرجوع عنه بعد الإقرار به، وباعتبار حق الله تعالى استوفاه الإمام دون المقذوف،

من غيره) واضح. وقوله: (وبكل ذلك تشهد الأحكام) أما الأحكام التي تدل على أنه حق العبد فهو أنه يستوفي بالبينة بعد تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع عن الإقرار، وكذلك لا يستوفي إلا بخصومة، وإنما يستوفى بخصومة ما هو حقه، بخلاف السرقة فإن خصومته هناك للمال دون الحد، حتى لو بطل الحدّ لمعنى الشبهة لا يبطل المال، ويقام هذا الحد على المستأمن، وإنما يؤخذ المستأمن بما هو من حقوق العباد، ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وحد السرقة وشرب الخمر، حتى أن رجلاً لو ثبت عليه بإقراره الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف وفقء عين رجل يبدأ بالقصاص في العين لأنه محض حق العبد، وحق العبد مقدم في الاستيفاء لما يلحقه من الضرر بالتأخير لأنه يخاف الفوت، والله تعالى لا يفوته شيء، إذا برىء من ذلك يقام عليه حد القذف. وأما الأحكام التي تشهد على أنه حق الله تعالى فهي أن الاستيفاء إلى الإمام، والإمام إنما يتعين نائباً في استيفاء حق الله تعالى،

الأحكام. وإذا تعارضت الجهتان، فالشافعي مال إلى تغليب حق العبد تقديماً لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع، ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع لأن ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعياً به، ولا كذلك عكسه لأنه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع إلا نيابة عنه، وهذا هو الأصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الإرث، إذ الإرث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع. ومنها العفو فإنه لا يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده. ومنها أنه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري. وعن أبي يوسف في العفو مثل

بخلاف القصاص، ولا ينقلب مالاً عند سقوطه ولا يستحلف عليه القاذف ويتنصف بالرق كالعقوبات الواجبة حقاً لله تعالى وحق العبد يتقدر بقدر التالف، ولا يختلف باختلاف المتلف، وإذا تعارضت الجهتان ولم يمكن إهدار مقتضى إحداهما لزم اعتبارهما فيه فثبت أن فيه الحقين **(إلا أن الشافعي مال إلى تغليب حق العبد تقديماً لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع، ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع لأن ما للعبد من الحق يتولى استيفاءه مولاه حق العبد مرعياً)** بتغليب حق الشرع لا مهدراً **(ولا كذلك عكسه)** أي لو غلب حق العبد لزم أن لا يستوفي حق الشرع إلا بالتحكيم بجعل ولاية استيفائه إليه، وذلك لا يجوز إلا بدليل ينصبه الشرع على إنابة العبد في الاستيفاء ولم يثبت ذلك، بل الثاني استنابة الإمام حتى كان هو الذي يستوفيه كسائر الحدود التي هي حقه تعالى على ما قدمناه من الأحكام، فإذا ثبت ما ذكرنا من الاختلاف في هذا الأصل تفرعت فروع أخرى مختلف فيها بعد الفروع المتفق عليها الشاهدة لكل من ثبوت الجهتين. منها الإرث فعنده يورث، وعندنا لا يورث إذ الإرث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الله تعالى: أي إنما يرث العبد حق العبد بشرط كونه مالاً، أو ما يتصل بالمال كالكفالة، أو فيما ينقلب إلى المال كالقصاص، والحد ليس شيئاً منها فيبطل بالموت إذ لم يثبت دليل سمعي على استخلاف الشرع وارث من جعل له حق المطالبة أو وصيه في المطالبة التي جعلها شرطاً لظهور حقه. ومنها العفو، فإنه بعد ما ثبت عند الحاكم القذف والإحصان لو عفا المقذوف عن القاذف لا يصح منه ويحد عندنا، ويصح عنده، ولا يسقط عندنا الحد بعد ثبوته إلا أن يقول المقذوف لم يقذفني أو كذب شهودي، وحينئذ يظهر أن القذف لم يقع موجباً للحد لا أنه وقع ثم سقط بقوله ذلك، وهذا كما إذا صدقه المقذوف فإنه يبطل بمعنى ظهور أن القذف لم ينعقد موجباً للحد، بخلاف العفو عن القصاص يسقط بعد وجوبه لأن المغلب فيه حق العبد. ومنها أنه لا يجوز الاعتياض عنه عندنا، وبه قال مالك، وعنده يجوز وهو قول أحمد ويجري فيه التداخل عندنا، وبه قال مالك، حتى لو قذف شخصاً مرات أو قذف جماعة كان فيه حد واحد إذا لم يتخلل حدّ بين القذفين، ولو ادعى بعضهم فحد ففي أثناء الحد ادعى آخرون كمل ذلك الحدّ، وعند الشافعي لا يجري فيه التداخل. وعن أبي يوسف في العفو مثل قول الشافعي وهو أنه يصح عفو المقذوف قوله: **(ومن أصحابنا من قال: إن الغالب في حد القذف حق العبد الخ)** وما تقدم من بيان الأصل المختلف فيه وتفريع الأحكام المختلف فيها على الخلاف فيه هو الأظهر من جهة الدليل والأشهر لأنه قول عامة المشايخ، وذهب صدر الإسلام أبو اليسر إلى أن المغلب فيه حق العبد

وأما حق العبد فاستيفاؤه إليه، ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب ما لا عند السقوط. وقوله: **(لأن ما للعبد من الحق الخ)** قيل فيه نظر، لأنه يلزم أن لا يكون حق العبد غالباً إذا اجتمع الحقان أصلاً، وهو خلاف الأصول والمنقول، فإن القصاص مما اجتمعا فيه وحق العبد غالب. واعترض بأن من الأحكام ما ينافي الحقين جميعاً وهو أنه يسقط بموت المقذوف وشيء من الحقين لا يسقط به، وأجيب بأنا لا نقول إنه يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاؤه لعدم شرطه، فإن الشرط خصومة المقذوف ولا يتحقق منه الخصومة بعد موته. وقوله: **(ومن أصحابنا من قال)** يريد به صدر الإسلام أبا اليسر، فإنه ذكر في مبسوطه. والصحيح أن المغلب فيه حق العبد كما قال الشافعي، لأن أكثر الأحكام تدل عليه، والمعقول يشهد له لما ذكرنا أن العبد منتفع به على الخصوص. وقد نص محمد في الأصل أن حد القذف حق العبد كالقصاص إلا أنه فوض إقامته إلى الإمام لأنه لا يهتدي كل أحد إلى إقامة الجلد.

قول الشافعي؛ ومن أصحابنا من قال: إن الغالب حق العبد وخرج الأحكام، والأول أظهر. قال: (ومن أقرّ بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه) لأن للمقذوف فيه حقاً فيكذبه في الرجوع، بخلاف ما هو خالص حق الله لأنه لا مكذب له فيه (ومن قال لعربيّ يا نبطيّ لم يحد) لأنه يراد به التشبيه في الأخلاق أو عدم الفصاحة، وكذا إذا قال لست بعربي لما قلنا.

كقول الشافعي (وخرج الأحكام) المختلف فيها على غير ذلك، أما توجيه أن أحق العبد غالب فلأن أكثر الأحكام تبنى عليه والمعقول يشهد له، وهو أن العبد ينتفع به على الخصوص. وقد نص محمد في الأصل أن حد القذف حق العبد كالقصاص. وأما تخريج الأحكام فإنما فوّض إلى الإمام لأن كل أحد لا يهتدي إلى الضرب الواجب أو لأنه ربما يزيد المقذوف في قوته لحنقه فيقع متلفاً؛ وإنما لا يورث لأنه مجرد حق ليس مالاً ولا بمنزلته فهو كخيار الشرط، وحق الشفعة بخلاف القصاص على ما قدمنا، وإنما لا يصح عفوه لأنه عفو عما هو مولى عليه فيه وهو الإقامة، ولأنه متعنت في العفو لأنه رضي بالعار والرضا بالعار عار، وهذا كما ترى تخريج لبعض الفروع المختلفة، ثم لا يخفى ما في تخريجه عدم صحة العفو، إذ لا يخفى أن كون المقذوف ينتفع به على الخصوص ممنوع، بل فيه صيانة أعراض الناس عن خصوص القاذف، وصيانة أعراض بعضهم عن بعض على العموم، وأن العفو لا يستلزم الرضا بالعار بل قد لا يرضى الإنسان بما يكرهه ولا يعاقب عليه فاعله، وكونه مولى عليه إنما هو في نفس الفعل للتهمة بسبب حنقه فلا ينفى أن يعفو فلا يعقل ذلك أصلاً، وما ذكرنا في ترجيح تغليب حق الله تعالى أوجه مما في الخبازية إن شاء الله تعالى. وقول محمد إن وقع في موضع أنه حق الناس فقد وقع في آخر أنه حق الله تعالى قوله: (ومن أقرّ بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لأن للمقذوف فيه حقاً فكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لأنه لا مكذب له فيه) فيقبل رجوعه، وأما التعليل بأنه بالإقرار ألحق الشين بالغير وبالرجوع يريد أن يبطل حق الغير فالمعنى أنه أثبت حق الغير ثم يريد أن يبطله فلا يقبل منه فيشكل عليه الرجوع في الإقرار بحق الله تعالى، وكونه ألحق الشين لا أثر له، بل الحاصل أنه لما ألحق الشين ثبت حق الآدمي فلا يقبل إبطاله، فإلحاق الشين تأثيره في إثبات حق الآدمي ليس غير، ثم امتناع الرجوع ليس إلا لتضمنه إبطال حق الغير قوله: (ومن قال لعربيّ يا نبطيّ) أو قال لست بعربيّ (لا يحد) وكذا إذا قال لست من بني فلان وقال مالك: يحد إذا نوى الشتم، وعنه إذا قال يا رومي لعربي أو فارسي أو يا فارسي لرومي أو عربي أو يا ابن الخياط وليس في آبائه خياط يحدّ. قلنا: العرف في مثله أن يراد نفي المشابهة في الأخلاق أو عدم الفصاحة، وأما قذف أمه أو جدة من جداته لأبيه فلا يخطر بالبال فلذا أطلقوا نفي الحد من غير تفصيل بين كونه حالة الغضب أو الرضا، وهذا لأن النسبة إلى الأخلاق الدنية مما يشتم به، فإذا لم يتعارف مثله في القذف أصلاً يجعل في الغضب شتماً بهذا القدر، ولأن النبطي قد يراد به النسبة إلى المكان على ما قال في ديوان الأدب: النبط قوم ينزلون بسواد العراق، فهو كما قال يا رستاقي يا ريفي في عرفنا: أي يا قروي لا يحدّ به. وقال الفقيه أبو الليث النبطي رجل من غير العرب

وقوله: (وخرج الأحكام) أي أجاب عن الأحكام التي تدل على أنه حق الله بجواب يوافق المذهب فقال في التفويض إلى الإمام ما ذكرنا أن كل أحد لا يهتدي إلى إقامة الجلد. وقال في عدم الإرث إن عدمه لا يستوجب كونه حق الله كالشفعة وخيار الشرط لأن الإرث يجري في الأعيان. وأجاب عن كون القصاص يورث بأنه في معنى ملك العين لأنه يملك إتلاف العين وملك الإتلاف ملك العين عند الناس، فإن الإنسان لا يملك شراء الطعام إلا للإتلاف وهو الأكل، فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باق فيملكه الوارث في حق استيفاء القصاص. وقوله: (والأول) وهو أن الغالب فيه حق الله (أظهر) قال في النهاية: لما ذكرنا من دليل غلبة حق الله فيه، ولأن عامة أصحابنا عليه فكان الأخذ بقول عامة العلماء أظهر، والظاني أظهر. وقوله: (ومن أقرّ بالقذف) من الأحكام التي تشهد بكونه حق العبد. وقوله: (ومن قال لعربيّ يا نبطيّ) ظاهر. والنبط جيل من الناس بسواد العراق. وسئل ابن عباس رضي الله عنهما عن رجل قال لقرشي يا نبطيّ فقال: لا حد عليه. وقوله: (لما قلنا) يعني قوله لأنه يراد به التشبيه

قوله: (إلا أنه فوض إقامته) أقول: من كلام أبي اليسر.

(ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف) لأنه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء، لأن ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه **(وإن نسبه إلى عمه أو خاله أو إلى زوج أمه فليس بقذف)** لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أباً، أما

قوله: **(ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف)** وكذا إذا قال يا ابن مزيقياء ويا ابن جلا لأن الناس يذكرون هذه لقصد المدح، فماء السماء لقب به عامر بن حارثة الغطريف الأزدي لأنه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كماء السماء عطاء وجوداً. ومزيقياء لقب به ابنه عمرو لأنه كان يمزق كل يوم حلتين يلبسهما فيكره أن يعود إلى لبسهما ويكره أن يلبسهما غيره وهو من ملوك غسان، وعلى هذا فالأنسب أن يكون قول القائل يا ابن مزيقياء للذم بالسرف والإعجاب، لكن عرف العامة في مثله أنه جوده، وقد لقب بماء السماء أيضاً للحسن والصفاء وبه لقبت أم ابن المنذر بن امرىء القيس لذلك، وقيل لولدها بنو ماء السماء قال زهير:

ولازمت الملوك من آل نصر وبعدهم بني ماء السماء

وجمع المصنف بينهما حيث قال: لأن ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه، وأما جلا فقد استعمل مراداً به إنسان في قول سحيم:

أنا ابن جلا وطلاع الثنايا متى أضع العمامة تعرفوني

وكلام سيبويه يفيد أنه ليس علماً له بل وصف حيث قال جلا هنا فعل ماض كأنه قال أنا ابن الذي جلا: أي أوضح وكشف. وأما قول القلاخ: * أنا القلاخ بن جناب بن جلا * فيحتمل كونه علماً لقباً وكونه وصفاً أيضاً، ثم إنه إنما يراد به التشبيه في كشف الشدائد وإماطة المكارة فلا يكون قذفاً هذا وقد ذكر أنه لو كان هناك رجل اسمه ماء السماء: يعني وهو معروف يحد في حال السباب، بخلاف ما إذا لم يكن. فإن قيل: إذا كان قد سمي به وإن كان للسخاء والصفاء فينبغي في حالة الغضب أن يحمل على النفي، لكن جواب المسئلة مطلق، فالجواب أنه لما لم يعهد استعماله لذلك القصد يمكن أن يجعل المراد به في حالة الغضب التهكم به عليه كما قلنا في قوله لست بعربيّ لما لم يستعمل في النفي يحمل في حالة الغضب على سبه بنفي الشجاعة والسخاء عنه ليس غير قوله: **(وإن نسبه لعمه أو خاله أو زوج أمه فليس بقاذف لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أبا فالأول)** وهو تسمية العم أبا **(لقوله تعالى: ﴿وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق﴾ وإسماعيل كان عماً له)** أي ليعقوب عليهم الصلاة والسلام **(والثاني لقوله عليه الصلاة والسلام «الخال أب»)**[1] قالوا هو غريب، غير أن في كتاب الفردوس لأبي شجاع الديلمي عن عبد الله بن عمر مرفوعاً: الخال والد من لا والد له[2] **(والثالث للتربية)** وقيل في قوله تعالى ﴿إن ابني من أهلي﴾ [هود ٤٥] إنه كان ابن امرأته **(ومن قال بغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعدت الجبل)** والحالة حالة الغضب وسيظهر أن هذا القيد مراد لا يصدق **(ويحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يحد لأن المهموز منه للصعود حقيقة، قالت امرأة من العرب * وارق إلى الخيرات زنأ في الجبل *)** والزنا وإن كان يهمز فيقال زنأ على ما سلف لكن ذكر الجبل يقرر الصعود مراداً. وقوله قالت امرأة من

الخ. وقوله: (لأن ماء السماء لقب به) أي بهذا اللفظ، وماء السماء هو لقب أبي المزيقياء، والمزيقياء هو عمرو بن عامر، لقب بالمزيقياء لأنه كان يمزق في كل يوم حلتين يلبسهما ويكره أن يعود فيهما ويأنف أن يلبسهما غيره، وأبوه عامر بن حارثة الأزدي

---

(١) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٥٣ وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٠٦: لم أجده.
ثم ذكرا رواية الديلمي وهي في الفردوس برقم ٢٨٤٨ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص والعجب سكوتهما على إسناده، ولم يتكلم مخرجه على إسناده، ولم أقف على إسناده لأنه مجرد عن الأسانيد، وأمارة الضعف تلوح عليه لانفراد الديلمي بتخريجه والمعروف: العم أب إذا لم يكن دونه أب والخالة والدة إذا لم يكن دونها أم.
ذكره ابن حجر في التلخيص ٤/ ١٢ وقال: رواه ابن المبارك في البر والصلة عن الزهري بلاغاً اهـ وهذا ضعيف أيضاً. والله تعالى أعلم.

(٢) هو المتقدم.

الأول فلقوله تعالى: ﴿نعبد إلهك وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق﴾ وإسماعيل كان عماً له. والثاني لقوله عليه الصلاة والسلام «الخال أب». والثالث للتربية (ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يحد) لأن المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب:

* وارق إلى الخيرات زنأ في الجبل *

وذكر الجبل يقرره مراداً

العرب هو على ما قال ابن السكيت قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها * أشبه أبا أمك أو أشبه عمل * تريد عملي * ولا تكونن كهلوف وكل *

يصبح في مضجعه قد انجدل   وارق إلى الخيرات زنأ في الجبل

وأما على قول شارح إصلاح المنطق فقال إنما هي لرجل رأى ابناً له ترقصه أمه فأخذه من يدها وقال أشبه أبا أمك الأبيات. وهذا الرجل قيس بن عاصم المنقري: أي كن مثل أبي أمك أو مثل عملي فحذف المضاف إليه، والمراد كن مثل أبي أمك أو مثلي، وكان أبو أمه شريفاً سيداً وهو زيد الفوارس بن ضرار الضبي، وأمه منفوسة بنت زيد الفوارس، قال: فأخذته أمه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول:

أشبه أخي أو أشبهن أباكا   أما أبي فلن تنال ذاكا

تقصر عن مثله يداكا   والله بالنعمة قد والاكا

والهلوف بكسر الهاء وتشديد اللام مفتوحة الثقيل، والوكل الذي يتكل على غيره فيما يحتاج إليه، وذكر في النهاية قوله أو أشبه جمل بالجيم، وقال: هو اسم رجل هو أبو حي من العرب وهو جمل بن سعد، والوكل العيال على غيره (ولهما أنه يستعمل في الفاحشة مهموزاً أيضاً) على ما أسلفنا (لأن من العرب من يهمز الملين) أي اللين في غير التقاء الساكنين كقول العجاج * وخندف هأمة هذا العألم * ومنه قوله * صبراً فقد هيجت شوق المشتئق * لأنه اسم فاعل وزال المانع من الكسر بالهمز، وأما نحو قطع الله أديه: أي يديه، فالتمثيل به بناء على أن المراد بحرف اللين أو الملين حرف العلة، لكن الاصطلاح على أنه حرف العلة بقيد السكون وقد يهمزون في الالتقاء على حده وإن كان على خلاف الجادة يقال دأبة وشأبة، وقرىء ولا الضألين شاذاً وإن كان بحيث يقال بمعنى الفاحشة وبمعنى الصعود، فحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً، وهذا ما ذكرنا من أنه سيظهر إرادة قيد الغضب في جواب المسئلة فكان كما لو قال يا زاني أو زنأت

كان يلقب بماء السماء لأنه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر عطاء وجوداً وقوله: (وإسماعيل كان عماً له) أي ليعقوب، فإن إسماعيل وإسحاق ابنا إبراهيم ويعقوب ابن إسحاق فكان إسماعيل عماً له فأدخلوه تحت الآباء فدل على أن العم يسمى أباً. قال: (ومن قال لغيره زنأت في الجبل) بالهمز وقال: (عنيت صعود الجبل حد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يحد لأن المهموز منه للصعود حقيقة) واستشهد المصنف لذلك بقول الشاعر * وارق إلى الخيرات زنأ في الجبل * قال: (وذكر الجبل

قوله: (هو عمرو بن عامر) أقول: هو من ملوك غسان. قوله: (وأدخلوه تحت الآباء) أقول: أي بنو يعقوب قال المصنف: (وارق إلى الخيرات زنأ في الجبل) أقول: أوله:

أشبه أبا أمك أو أشبه عمل   ولا تكونن كهلوف وكل

يصبح في مضجعه قد انجدل   وارق إلى الخيرات زنأ في الجبل

الهلوف: الثقيل الجافي الذي لا خير فيه، والوكل: الذي يتكل على الناس فيما يحتاج إليه، والمنجدل: الممتد على الأرض، يريد أنه لا يستيقظ حتى يصبح قال المصنف: (وذكر الجبل يقرره مراداً) أقول: قال الإتقاني: لا نسلم لأن الزنا الذي هو الفاحشة قد يقع في الجبل أيضاً اهـ. وهذا هو مرادهما قوله: (وارق إلى الخيرات) أقول: أي بادر إلى فعل الخيرات لترتفع بها وتذكر كما يزنأ المرتقي في الجبل قوله: (زنأ) أقول: أي صعوداً قوله: (تأكيداً لكون المهموز الخ) أقول: حيث قال يقرر دون يعين.

ولهما أنه يستعمل في الفاحشة مهموزاً أيضاً لأن من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز، وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً بمنزلة ما إذا قال يا زاني أو قال زنأت، وذكر الجبل إنما يعين الصعود مراداً إذا كان مقروناً بكلمة على إذ هو المستعمل فيه، ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا، وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه (ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل أنت فإنهما يحدان) لأن معناه لا بل أنت زان، إذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر

فإنه يحد اتفاقاً وقوله: (وذكر الجبل يعين الصعود مراداً) قلنا إنما يعين ذلك إذا كان مقروناً بكلمة على فيقال زنأت على الجبل. ولا يخفى أنه مما يمنع بل يقال زنأت في الجبل بمعنى صعدت ذكره في الجمهرة وغيرها، والبيت المذكور معلوم أن المراد فيه ليس إلا الصعود وهو بلفظة في، بل الجواب منع أن ذكر الجبل يعين الصعود فإن الفاحشة قد تقع في الجبل: أي في بعض بطونه، وعلى الجبل: أي فوقه، كما قد تقع على سطح الدار ونحوه، فلم يكن ذكره قرينة مانعة من إرادة الفاحشة فبقي الاحتمال بحاله وترجح إرادة الفاحشة بقرينة حال السباب والمخاصمة (ولو قال زنأت على الجبل) والباقي بحاله: أي في حال الغضب (قيل لا يحد لما قلنا) آنفاً إن ذكر لفظة على تعين كون المراد الصعود (وقيل يحد) للمعنى الذي ذكرناه وهو حالة الغضب والسباب وهو الأوجه، وقد عرف من تقييد جواب المسئلة بحالة الغضب أن في حالة الرضا لا يجب الحد إذ لا يجب بالشك بل لا داعي، فالظاهر عدم إرادة السب قوله: (ومن قال لآخر يا زاني فقال له الآخر لا بل أنت فإنهما يحدان) إذا طالب كل منهما الآخر لأنهما قاذفان، وإذا طالب كل الآخر وأثبت ما طلب به عند الحاكم لزمه حينئذ حق الله تعالى وهو الحد فلا يتمكن واحد منهما من إسقاطه فيحد كل منهما، بخلاف ما لو قال له مثلاً يا خبيث فقال له بل أنت تكافآ ولا يعزر كل منهما للآخر لأن التعزير لحق الآدمي وقد وجب له عليه مثل ما وجب للآخر فتساقطا، أما كون الأول قاذفاً فظاهر، وأما الثاني فلأن معناه لا بل أنت زان، ولذا لو كان المجيب عبداً حد هو خاصة لأنه قاذف بقوله بل أنت والحر وإن كان قاذفاً أيضاً، لكن لا يحد بقذف العبد. قال المصنف (إذ هي) يعني بل (كلمة عطف يستدرك بها الغلط) يعني في التراكيب الاستعمالية (فيصير الخبر المذكور في الأول) أي في التركيب الأول إذا كان خبرياً (مذكوراً في الثاني) فإذا قال زيد قام أو قام زيد لا بل عمرو فقد وضع عمراً في التركيب الأول موضع زيد فيصير ذلك الخبر وهو الفعل المتأخر أو المتقدم خبراً عنه ولم يرد بالأول لفظ يا زاني بل

يقرره) أي يقرر الصعود (مراداً) تأكيداً لكون المهموز للصعود حقيقة وقوله: (ولهما أنه يستعمل الخ) واضح.

وقيل كلامه يشير إلى أن المهموز مشترك بين الفاحشة والصعود، وحالة الغضب والسباب تعين أحد المحتملين عندهما. وعند محمد أنه حقيقة في الصعود مجاز في الفاحشة وحينئذ يترجح قوله لأن اللفظ إذا دار بين كونه مشتركاً وحقيقة ومجازاً فالثاني يترجح على الأول لعدم إخلاله بالفهم ولأن الباب باب الحد فيحتال للدرء. وقوله: (لما قلنا) إشارة إلى قوله إذا كان مقروناً بكلمة على. وقوله: (للمعنى الذي ذكرنا) إشارة إلى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً قوله: (ومن قال لآخر يا زاني) ظاهر. واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور في الأول مذكوراً في الثاني بأن المراد بالأول هو قوله يا زاني وما ثمة خبر

قوله: (وحينئذ يترجح قوله) أقول: يعني يترجح قول محمد رحمه الله قوله: (فالثاني يترجح على الأول) أقول: نعم إذا لم يقم دليل على الأول وهنا الدليل موجود وهو قوله لأن من العرب إلخ فتأمل قال المصنف: (ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا) أقول من أنه يتعين الصعود بالإرادة إذا كان مقروناً بكلمة على قال الإمام السرخسي في مبسوطه: وكذلك إذا قال زنأت على الجبل يلزمه الحد، وكذلك إذا قال زنأت في الجبل، إلا أن محمداً يقول: أهل اللغة إذا استعملوا الكلمة بمعنى الصعود يصلون به حرف في لا حرف على اهـ فيه تأمل قال المصنف: (وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه) أقول: فهذا القائل لا يسلم تعيين الصعود حين المقارنة بكلمة على إلا في حالة غير الباب فليتأمل قوله: (واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور إلى قوله وما ثمة خبر أصلاً) أقول: الاعتراض للإتقاني إلا أنه يجوز أن يقال قوله يا زاني يتضمن معنى قوله أنت زان فمراده بالخبر المذكور في الأول هو الخبر المذكور ضمناً، بل نقول: ليس مراد القائل حقيقة النداء بل الحكم عليه بأنه زان فهو مستعمل فيه بقرينة الحال فلا إشكال قوله: (غاية ما في الباب أن اللعان إلخ) أقول: كما مر في باب اللعان.

المذكور في الأول مذكوراً في الثاني (ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل أنت حدت المرأة ولا لعان) لأنهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد، وفي البداءة بالحد إبطال اللعان. لأن المحدود في القذف ليس بأهل له ولا إبطال في عكسه أصلاً فيحتال للدرء، إذ اللعان في معنى الحد (ولو قالت زنيت بك فلا حدّ ولا لعان) معناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لأنه يحتمل أنها أرادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها إياه وانعدامه منه، ويحتمل أنها أرادت زناي ما كان معك بعد النكاح لأني ما مكنت أحداً غيرك، وهو المراد في مثل هذه

هو إعطاء النظير معنى: أي هي كما ذكرنا، وإذا كانت كذلك فيصير واصفاً للمتكلم الأول بما وصفه به وأخبر عنه به معنى لأن يا زاني في معنى أدعوك وأنت زان قوله: (ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل أنت حدّت المرأة خاصة) إذا ترافعا (ولا لعان لأنهما قاذفان وقذف الرجل زوجته يوجب اللعان وقذفها إياه يوجب الحد عليها) والأصل أن الحدين إذا اجتمعا وفي تقديم أحدهما إسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالاً للدرء، واللعان قائم مقام الحد فهو في معناه، وبتقديم حد المرأة يبطل اللعان لأنها تصير محدودة، في قذف، واللعان لا يجري بين المحدودة في القذف وبين زوجها لأنه شهادة ولا شهادة للمحدود في القذف، وبتقديم اللعان لا يسقط حد القذف عنها لأن حد القذف يجري على الملاعنة، ولهذا لو قال لها يا زانية بنت الزانية فخاصمته الأم فحد سقط اللعان لأنه شهادة، فلو خاصمت المرأة أو لاعن القاضي بينهما، فإذا خاصمت الأم بعده حد للقذف فقدمنا الحد درءاً للعان الذي هو في معناه (ولو) كانت (قالت) في جواب قوله يا زانية (زنيت بك فلا حد ولا لعان لوقوع الشك في كل منهما لأنه يحتمل أنها أرادت الزنا قبل النكاح) فتكون قد صدقت في نسبتها إلى الزنا فيسقط اللعان وقذفته حيث نسبته إلى الزنا ولم يصدقها عليه وهذا معنى قوله: (وانعدامه منه) أي انعدام التصديق منه فيجب الحد دون اللعان (ويحتمل أنها أرادت زناي ما كان من تمكيني إياك بعد النكاح) وهذا كلام يجري بين الزوجين في العادة مجرى مجاز المشاكلة مثل قوله: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾ [الشورى ٤٠]، فإن فعلها معه بعد الزوجية ليس زنا، كما أن الجزاء ليس سيئة ولكن أطلق عليه اسمه للمشاكلة حين ذكر معه، وعلى هذا لا حد عليها لأنها لم تقذفه، ويجب اللعان لأنه قذف زوجته، فعلى تقدير يجب الحد دون اللعان، وعلى تقدير يجب اللعان دون الحد، والحكم بتعين أحد التقديرين بعينه متعذر، فوقع الشك في كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد منهما بالشك، وهذا معنى قوله: (فجاء ما قلنا) أي من أنه لا حد ولا لعان، ولولا أن مثل قولها معلوم الوقوع من المرأة على كل من القصدين عند ابتدائه إياها بالإغاظة لوجب حدها البتة عيناً بقذفها إياه، إذ النسبة إلى الزنا تنصرف إلى الحقيقة، ومذهب الشافعي في مسئلة الكتاب أن تحلف الزوجة أنها لم ترد الإقرار بالزنا ولم ترد قذفه ويكتفي بيمين واحدة في وجه، وعلى الزوج الحد دونها لأن هذا منها ليس إقراراً صحيحاً بالزنا، وبقولنا قال أحمد، ولو ابتدأت الزوجة فقالت لزوجها زنيت بك ثم قذفها الزوج لا حد عليه ولا لعان، وهذا ظاهر قوله: (ومن أقرّ

أصلاً. والجواب أن المراد بالخبر الجزء، وحينئذ يستقيم الكلام لأن الخبر جزء أخص فيجوز أن يستعار للأعم (ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل أنت) على ما ذكره في الكتاب ظاهر قوله: (لأن المحدود في القذف ليس بأهل للعان) دليله أن أهلية اللعان تعتمد أهلية الشهادة وإقامة حد القذف تبطل أهلية شهادة المحدود في القذف. وقوله: (ولا إبطال في عكسه أصلاً) يعني لو قدمنا اللعان لا يبطل حد القذف عن المرأة لأن إحصان الرجل لا يبطل بجريان اللعان بينهما، غاية ما في الباب أن اللعان في حق الرجل قائم مقام حد القذف ولكن لا يخرج به عن أن يكون عفيفاً عن فعل الزنا فيجب حد القذف على المرأة احتيالاً لدرء اللعان الذي هو بمعنى الحد. وقوله: (ولو قالت زنيت بك) يعني في جواب قوله لها يا زانية. وقوله: (وانعدامه) أي انعدام التصديق من الزوج. وقوله: (ويحتمل أنها أرادت زناي ما كان معك بعد النكاح) اعترض عليه بأن الوطء بعد النكاح لا يسمى زنا فلا يصلح محملاً. وأجيب بأن الزنا يطلق على ذلك بطريق المشاكلة كما في قوله تعالى ﴿بل يداه مبسوطتان﴾ حملها على ذلك لتركيب فرط غيظها بإطلاق تلك الكلمة، وعلى هذا الاعتبار لا تكون مصدقة لزوجها فيجب اللعان على الزوج ولا يجب الحد على المرأة، ففي حال لا يجب الحد عليها ويجب اللعان على الزوج، وفي حال يجب الحد عليها ولا يجب اللعان، فوقع الشك وجاء ما قلنا أنه لا حدّ

الحالة، وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا (ومن أقرّ بولد ثم نفاه فإنه يلاعن) لأن النسب لزمه بإقراره وبالنفي بعده صار قاذفاً فيلا عن (وإن نفاه ثم أقر به حدّ) لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان لأنه حد ضروري صير إليه ضرورة التكاذب، والأصل فيه حد القذف، فإذا بطل التكاذب يصار إلى الأصل، وفيه خلاف ذكرناه في اللعان (والولد ولده) في الوجهين لإقراره به سابقاً أو لاحقاً، واللعان يصح بدون قطع النسب كما

بولد ثم نفاه فإنه يلاعن فإن النسب لزمه بإقراره، وبالنفي بعده صار قاذفاً لزوجته فيلاعن) وإن نفاه أولاً ثم أقرّ به قبل اللعان يحد لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان الذي كان وجب بنفيه للولد (لأن اللعان حد ضروري صير إليه ضرورة التكاذب) بين الزوجين في زنا الزوجة (والأصل فيه) أي في اللعان ما هو إلا (حد القذف) لأنه قذفها (فإذا بطل) الخلف ببطلان (التكاذب صير إلى الأصل) فيحد الرجل. وقوله: (وفيه خلاف ذكرناه في اللعان) الذي ذكره في اللعان أنه إذا أكذب نفسه بعد اللعان بنفي الولد وتفريق القاضي حده القاضي وحل له أن يتزوّجها، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: هو تحريم مؤبد. وقوله: (والولد ولده في الوجهين) أي ما إذا أقرّ بالولد ثم نفاه وما إذا نفاه أولاً ثم أقر به (لإقراره به سابقاً) فيثبت ولا ينتفي بما بعده (أو لاحقاً) في الثانية فيثبت به بعد النفي.

وقوله: (واللعان يصحّ بدون قطع النسب الخ) جواب سؤال هو أن يقال إن سبب اللعان ليس إلا نفي الولد، فإن لم ينتف كيف يجب اللعان فقال ليس من ضرورة اللعان بنفي الولد قطع النسب، ألا يرى أنه لو نفاه بعد أن تطاولت المدة بعد الولادة فإنه يلاعن ولا يقطع النسب (كما يصح بلا ولد) أصلاً بأن قذفها بالزنا ولا ولد فإنه يلاعن ولا ولد هناك يقطع نسبه، وأما أنه لو نفي نسب ولد امرأته الآيسة فإنه ينتفي النسب فيثبت انفكاك اللعان عن قطع النسب من الجانبين فصحيح لكن لا دخل له في الجواب قوله: (وإن قال) أي الزوج الذي جاءت زوجته بولد (ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لأنه) إذا أنكر أنه ابنها (أنكر الولادة) فكان نفى كونه ابنه لنفي ولادتها إياه، وبنفي ولادتها لا يصير قاذفاً لأنه إنكار للزنا منها قوله: (ومن قذف امرأة ومعها أولاد لم يعرف لهم أب أو قذف الملاعنة بولد والولد حي) وقت القذف أو ميت (فلا حدّ عليه) أما لو قذف ولد الملاعنة نفسه أو ولد الزنا فإنه يحد، ولو أنه بعد اللعان ادعى الولد فحد أو لم يحدّ حتى مات فثبت نسب الولد منه فقذفها بعد ذلك قاذف غيره أو هو قبل موته حدّ، ولا يحد الذي قذفها قبل تكذيب نفسه، وكذا لو قامت البينة على الزوج أنه ادعاه وهو ينكر يثبت النسب منه ويحد، ومن قذفها بعد ذلك يحد، لأنها خرجت عن صورة الزواني، ولو قذفها الزوج فرافعته وأقامت بينة أنه أكذب نفسه حد لأن الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم أو بمعاينة وجه عدم الحد في ذات الأولاد قيام أمارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا أب له ففاتت العفة نظراً إليها: أي إلى الإمارة (وهي) أي العفة (شرط) واعلم أنه إن صح ما رواه الإمام أحمد وأبو داود في حديث هلال بن أمية من

ولا لعان. قوله: (لأنه) أي اللعان (حدّ ضروري صير إليه ضرورة التكاذب، والأصل فيه حد القذف) لقوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ الآية (وإذا بطل التكاذب) بإكذاب الرجل نفسه (يصار إلى الأصل والولد ولده في الوجهين) أي في الوجه الذي أقرّ ثم نفي وعكسه. قوله: (لإقراره به سابقاً أو لاحقاً) أي لإقرار الزوج بالولد سابقاً على النفي فما إذا أقر ثم نفى أو لاحقاً فيما إذا نفاه ثم أقرّ به. وقوله: (واللعان يصح بدون قطع النسب) جواب عما يقال إن سبب اللعان هنا هو نفي الولد فلما لم ينتف الولد وجب أن لا يجري بينهما اللعان لأن بطلان المتضمن يقتضي بطلان المتضمن. ووجهه أن قطع النسب ليس من ضرورة اللعان فاعتبر كل واحد منهما: أي من نسبته إلى الزنا ومن نفي الولد منفصلاً عن الآخر فصار كأنه نسبها إلى الزنا من غير نفي الولد بأن قال يا زانية وفيه اللعان، فكذا ههنا؛ ألا ترى أنه إذا تطاولت مدة ولادة منكوحته على حسب ما اختلفوا فيه ثم قال ليس بابني فإنه يلاعن مع أن

قال المصنف: (وهو المراد في مثل هذه الحالة) أقول: أي يجوز إرادته وإنما قال لدفع ما عسى يقال إنه لا مجال لتلك الإرادة لأن ما كان معه بعد النكاح وطء حلال ليس زنا

يصح بدون الولد (**وإن قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان**) لأنه أنكر الولادة وبه لا يصير قاذفاً (**ومن قذف امرأة ومعها أولاد لم يعرف لهم أب أو قذف الملاعنة بولد والولد حي أو قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه**) لقيام أمارة الزنا منها وهي ولادة ولد أب له ففاتت العفة نظراً إليها وهي شرط الإحصان (**ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد**)

قوله وقضى رسول الله ﷺ أن لا يدعي ولدها لأب ولا يرمي ولدها، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد[1] وكذا ما رواه أحمد أيضاً من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قضى رسول الله ﷺ في ولد المتلاعنين أنه يرث أمه وترثه أمه، ومن رماها به جلد ثمانين أشكل على المذهب، والأئمة الثلاثة جعلوا قذف الملاعنة بولد كقذف الملاعنة بلا ولد (ولو قذف امرأة لاعنت) بغير ولد فعليه الحد لعدم ثبوت الزنا وثبوت أمارته. فإن قيل: اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فكانت كالمحدودة بالزنا فلا يحد قاذفا. أجيب بأنه قائم مقام حد الزنا بالنسبة إلى الزوج لا بالنسبة إلى غيره فهي محصنة في حق غيره؛ ألا ترى أن اللعان في حقه قائم مقام حد القذف بالنسبة إليها لا إلى غيرها حتى قبلنا شهادته ولا يعلم خلاف في ذلك، إلا أن للشافعية في وجه إذا قذفها أجنبي بذلك الزنا الذي لاعنت به لا يحد واعترض بأن مقتضاه أن لا يحد الزوج لو قذفها بعد اللعان، لكن المنصوص في الأصل أنه يحد بل الحق أنها لم يسقط إحصانها بوجه. وقولهم اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها إنما يقتضي أن لا يحد قاذفها لو كان معناه أنه وجب عليها الحد وجعل اللعان بدله، وليس كذلك لأنه لا يجب الحد بمجرد دعوى الزنا عليها مع العجز عن إثباته ليسقط إحصانها، وإنما هو ليشتفي الصادق منهما حيث يتضاعف به على الكاذب عذابه بأن يضاف إلى عذاب الزنا عذاب الشهادات المؤكدة بالأيمان الغموسة، أو يضاف ذلك إلى عذاب الافتراء والقذف، بخلاف ما إذا كان بنفي الولد لأن أمارة الزنا قائمة فأوجبت ذلك، وقد أوّل قولهم بما لا يشرح صدراً ولا يرفع إصراً، فالحق أن كونه قائماً مقام حد القذف في حقه غير محتاج إلى تأويل وأما الجانب الآخر ففيه تساهل لا يرتفع، وورود السؤال إنما هو بناء على أنه كلام حقيقي على ظاهره وليس كذلك فلا ورود له قوله: (**ومن وطىء وطأً حراماً في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط الإحصان**) شبهه بالشرط لما لم يكن بحيث يحصل عنده الإحصان بل هو مجموع أمور العفة أحدها فهو جزء مفهوم الإحصان بالحقيقة (**ولأن القاذف صادق**) لأن الوطء في غير الملك زنا كذا قيل، وهو قاصر على ما إذا قذفه بذلك الزنا بعينه أو

سبب اللعان نفي الولد، ولم ينتف الولد لأنه صار بمنزلة قوله أنت زانية. قوله: (**وإن قال ليس بابني ولا بابنك**) ظاهر. وقوله: (**أو قذف الملاعنة بولد**) بفتح العين كذا نقله صاحب النهاية بخط شيخه، ويجوز أن يكون بكسر العين ومعناه التي لاعنت بولد كذا في الكافي. وقوله: (**بولد**) يتصل بالملاعنة. وقوله: (**ففاتت العفة نظر إليها**) أي إلى إمارة الزنا (**وهو**) أي العفة وذكره نظراً إلى قوله شرط ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف على القاذف وهي فائتة فلا يجب الحد. وقوله: (**ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد**) ظاهر. فإن قيل: اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فقد وجد أمارة الزنا منها فينبغي أن يسقط الحدّ عن القاذف نظراً إلى هذا. قلنا: بلى لكنه قائم مقام حد القذف في جانب الزوج فبالنظر إلى هذا الوجه تكون المرأة محصنة فتعارض الوجهان فتساقطا فبقي القذف سالماً عن المعارض فوجب الحد على القاذف. قال صاحب النهاية: ووجدت بخط شيخي في جواب هذه الشبهة. قلنا نعم إن اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا، لكن بالنسبة إلى الزوج لا بالنسبة إلى غيره، فكانت هي محصنة بالنسبة إلى غير الزوج فيجب الحد على قاذفها. قال: (**ومن وطىء وطأ حراماً في غير ملكه**) اعلم أن الوطء الحرام بالقسمة الأولية على نوعين:

المصنف: (**واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد**) أقول: في الكافي وينتفي النسب بدون اللعان كما لو نفي نسب امرأته الأمة ينتفي النسب ولا يجري اللعان اهـ. فانفك اللعان عن قطع النسب وجوداً وعدماً قوله: (**على حسب ما اختلفوا فيه**) أقول: كما مر في باب اللعان قوله: (**ومعناه التي لاعنت بولد كذا في الكافي**) أقول: يعني في الكافي للنسفي قوله: (**ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف إلخ**) أقول: لقوله تعالى ﴿**والذين يرمون المحصنات**﴾ الآية

---

(١) تقدم في اللعان من حديث ابن عباس وإسناده ضعيف وكذا الحديث الآتي وانظر نصب الراية ٣/ ٢٥١. ٢٥٢. ٢٥٣ ولكن لبعضه شواهد يتقوى بها، فحديث ابن عباس حسن. رواه أبو داود ٢٢٥٦ وفيه ضعف لكن حسن لشواهده.

لانعدام أمارة الزنا. فقال (ومن وطيء وطأ حراماً في غير ملكه لم يحد قاذفه) لفوات العفة وهي شرط الإحصان، ولأن القاذف صادق، والأصل فيه أن من وطيء وطأ حراماً لعينه لا يجب الحد بقذفه. لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه، وإن كان محرّماً لغيره يحد لأنه ليس بزنا فالوطء في غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام لعينه وكذا الوطء في الملك، والحرمة مؤبدة، فإن كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره، وأبو حنيفة يشترط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع،

أبهم، أما إذا قذفه بغيره فإنه لا يعلم صدقه فيه فيحد، والحكم ليس كذلك بل المنصوص أن من قذف زانياً لا حدّ عليه سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر أو أبهم نص عليه في أصل المبسوط خلافاً لإبراهيم وابن أبي ليلى. وجه قولنا أن النص إنما أوجب الحد على من رمى المحصنات وفي معناه المحصنين وبالزنا لا يبقى الإحصان فرميه رمى غير المحصن، ولا دليل يوجب الحد فيه، نعم هو محرم وأذى بعد التوبة يعزّر (والأصل) فيما يعرف به الوطء المحرم الذي يسقط الإحصان والوطء المحرم والذي لا يسقطه (أن من وطأ وطأ حراماً لعينه لا يجب الحد بقذفه) على قاذفه (لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه) فإذا وقع فيه كان زانياً فيصدق قاذفه فلا يكون فرية وهو الموجب للحد (وإن كان) وطيء وطأ (محرماً لغيره يحد) قاذفه لأنه وإن كان محرماً ليس بزنا إذا عرف هذا فالمحرم (لعينه) هو الوطء في غير الملك من كل وجه كوطء الحرة الأجنبية والمكرهة. وأعنى أن الموطوءة إذا كانت مكرهة يسقط إحصانها فلا يحد قاذفها، فإن الإكراه يسقط الإثم، ولا يخرج الفعل به من أن يكون زنا فلذا يسقط إحصانها كما يسقط إحصان المكره الواطيء ذكره في المبسوط وأمة غيره (أو من وجه) كالأمة المشتركة بين الواطيء وغيره، وكذا الوطء في الملك والحرمة مؤبدة كوطء أمته التي هي أخته من الرضاع، ولو كانت الحرمة مؤقتة كالأمة المزوجة والأمة المجوسية ووطء أمتيه الأختين أو الزوجة في حالة الحيض أو النفاس فالحرمة لغيره (وأبو حنيفة يشترط) في ثبوت حد القاذف للواطيء في الحرمة المؤبدة (كون تلك الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع) كموطوءة أبيه بالنكاح أو بملك اليمين، فلو تزوجها الابن أو اشتراها فوطئها لا يحد قاذفه، وكذا إذا تزوّج امرأتين لا يحل له الجمع بينهما في عقدة أو جمع بين أختين وطأ بملك يمين أو نكاح أو بين امرأة وعمتها أو خالتها أو تزوج أمة على حرة أو جمعهما في العقد فوطيء الأمة فلا حد على قاذفه، بخلاف ما لو نظر إلى داخل فرج امرأة أو مسها بشهوة بحيث انتشر معه ذكره ثم تزوّج بنتها أو أمها أو اشتراها فوطئها حد قاذفه عند أبي حنيفة وهو قول الأئمة الثلاثة، ولا يحد عندهما لتأبيد الحرمة ولا اعتبار للاختلاف، كما لو اشترى مزنية أبيه فوطئها فيسقط إحصانه، وحرمة المصاهرة بالزنا مختلف فيها بين العلماء. وأبو حنيفة إنما يعتبر الخلاف عند عدم النص على الحرمة بأن ثبتت بقياس أو احتياط كثبوتها بالنظر إلى الفرج والمس بشهوة، لأن ثبوتها لإقامة السبب مقام

أحدهما حرام لعينه، والآخر لغيره، والأول منشأ حرمته شيئان: حصوله في غير الملك من كل وجه كوطء الأجنبية، أو من وجه كوطء الجارية المشتركة بينه وبين غيره، وحصوله في امرأة هي حرام على الواطيء حرمة مؤبدة كوطء أمته وهي أخته من الرضاع، وما سوى ذلك فهو من النوع الثاني كوطء أمته المجوسية ووطء أمتيه الأختين، والقاذف في النوع الأول بوجهيه لا يحد حد القذف

قوله: (فإن قيل اللعان قائم مقام حد الزنا) أقول: كما سبق في باب اللعان، وأجاب الإتقاني عن هذا السؤال بأن معنى قولهم اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها أن الزنا لو ثبت منها لحدت، ولكن لما لم يثبت لم تحد المرأة حد الزنا، ولم يحد الرجل حد القذف فأجرى اللعان بينهما فقام ذلك مقام حد الزنا في حقها ومقام حد القذف في حقه بآية اللعان من هذا الوجه حيث لم يحد أحد منهما، وليس معناه أن اللعان كإجراء الحد ألا يرى أن التفريق بينهما إنما وقع باعتبار أنها محصنة لأنها لو لم تعتبر محصنة لم يجر اللعان بينهما أصلاً، فإذن أكد اللعان إحصانها فمحال أن يسقط الإحصان بما يتأكد به اهـ فليتأمل قوله: (قلنا بلى لكنه، إلى قوله: فتعارض الوجهان فتساقطا إلخ) أقول: واعترض عليه الإتقاني بأنها إذا كانت محصنة من وجه غير محصنة من وجه، فجهة كونها غير محصنة تكون شبهة في إسقاط الحد عن قاذفها لأن الشبهة مسقطة للحد لا موجبة فينبغي على هذا أن لا يجب الحد على القاذف اهـ. وقد مر من الشارح في باب الشهادة على الزنا ما يقارب هذا فتذكر.

أو بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد (وبيانه أن من قذف رجلاً وطىء جارية مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه) لانعدام الملك من وجه (وكذا إذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها) لتحقق الزنا منها شرعاً لانعدام الملك ولهذا وجب عليه الحد (ولو قذف رجلاً أتى أمته وهي مجوسية أو امرأته وهي حائض أو مكاتبة له فعليه الحد) لأن الحرمة مع

المسبب احتياطاً فهي حرمة ضعيفة لا ينتفي بها الإحصان الثابت بيقين، بخلاف الحرمة الثابتة بزنا الأب فإنها ثابتة بظاهر قوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾ [النساء ٢٢] فلا يعتبر الخلاف فيها مع وجود النص، وكذا وطء الأب جارية ابنه مسقط للإحصان. وقوله: (أو بالحديث المشهور) مثاله حرمة وطء المنكوحة للأب بلا شهود على الابن بناء على ادعاء شهرة حديث «لا نكاح إلا بشهود» ولذا لم يعرف فيه خلاف بين الصحابة، وحرمة وطء أمته التي هي خالته من الرضاع أو عمته لقوله عليه الصلاة والسلام «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[1] قوله: (بيانه) شروع في تفريع فروع أخرى على الأصل (إذا قذف رجلاً وطىء جارية مشتركة بينه وبين غيره لا حدّ عليه لانعدام الملك من وجه) فالقاذف صادق من وجه فيندرىء الحد للشبهة المقارنة لثبوت الموجب، بخلاف رجوعه فإنه وإن كان الرجوع يوجب شبهة في الإقرار الأول لا يعمل ههنا فإنه لما لم يقارنه بل وقع متأخراً، والفرض أن بالإقرار تقرر حق آدمي لم تعمل الشبهة اللاحقة لأن الشبهة اللاحقة بعد تقرر حق الآدمي لا ترفعه، فلهذا لم يعتبر الرجوع عاملاً في إسقاط الحد قوله: (وكذا إذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها) أو رجلاً زنا في نصرانيته فإنه لا يحد، والمراد قذفها بعد الإسلام بزنا كان في نصرانيتها بأن قال زنيت وأنت كافرة، وكذا لو قال لمعتق زنى وهو عبد زنيت وأنت عبد لا يحد، كما لو قال قذفتك بالزنا وأنت كتابية أو أمة فلا حدّ عليه، لأنه إنما أقرّ أنه قذفها في حال لو علمنا منه صريح القذف لم يلزم حدّه، لأن الزنا يتحقق من الكافر ولذا يقام الجلد عليه حداً، بخلاف الرجم على ما مر، ولا يسقط الحد بالإسلام، وكذا العبد، ولا فرق بين من بحيث يقام عليه الحد أولاً، حتى أن الكافر الحربي إذا زنى في دار الحرب ثم أسلم فقذفه لا يحد لأن الزنا تحقق منه، وإن لم يقم عليه الحد فيكون قاذفه صادقاً، وإنما ارتفع بالإسلام الإثم دون حقيقة الزنا (ولو قذف رجلاً أتى أمته وهي مجوسية) أو مزوجة أو المشتراة شراء فاسداً (أو امرأته وهي حائض) أو مظاهر منها أو صائمة صوم فرض وهو عالم بصومها (أو مكاتبته فعليه الحد) لأن الشراء الفاسد يوجب الملك، بخلاف النكاح الفاسد لا يثبت فيه ملك فلذا يسقط إحصانه بالوطء فيه بلا يحد قاذفه (لأن الحرمة) في كل من هذه التقادير (مؤقتة) مع قيام الملك فكانت فيها لغيره فلم يكن زنا، لأن الزنا ما كان بلا ملك قال تعالى ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين﴾ [المؤمنون ٦] (وعن أبي يوسف أن وطء المكاتبة يسقط الإحصان، وهو قول زفر، لأن الملك زائل في حق الوطء ولهذا يلزم السيد العقر) لها، ولو بقي الملك شرعا من وجه لما لزمه وإن حرم كوطء أمته المجوسية والحائض، ونحن نقول: إن قلتم إن ملك الذات انتفى من وجه كالمشتركة فممنوع، وإن عنيتم أن ملك الوطء انتفى سلمناه ولا يستلزم ثبوت الحد كالأمة المجوسية فثبت أن الحرمة لغيره إذ هي مؤقتة، ووجوب العقر لا يدل على سقوط الإحصان كالراهن إذا وطىء أمته المرهونة وهي بكر يلزمه العقر ولا يسقط الإحصان. ذكره في المبسوط (ولو قذف رجلاً وطىء أمته وهي أخته من الرضاع لا يحد لأن الحرمة مؤبدة) وقوله: (وهذا هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخي

لفوات العفة وهو شرط الإحصان، ولأن القاذف صادق لأن الزنا هو الوطء الحرام لعينه (وأبو حنيفة شرط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع) كموطوءة الأب بعد ملك النكاح أو ملك اليمين إذا اشتراها ابنه فوطئها لا يحد قاذفه (أو بالحديث المشهور) كحرمة وطء المنكوحة بلا شهود فإنها ثابتة بقوله ﷺ «لا نكاح إلا بالشهود» وهو مشهور. وفي النوع الثاني لأن الحرمة فيه بعارض على وجه الزوال؛ ألا ترى أن المجوسية إذا أسلمت أو أخرج إحدى الأختين عن ملكه حل له الوطء فلم يكن زنا فيحد قاذفه،

---

(١) رواه الجماعة تقدم في النكاح فصّل في المحرّمات مستوفياً.

قيام الملك وهي مؤقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا. وعن أبي يوسف أن وطء المكاتبة يسقط الإحصان، وهو قول زفر لأن الملك زائل في حق الوطء ولهذا يلزمه العقر بالوطء، ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره إذ هي مؤقتة (ولو قذف رجلاً وطيء أمته وهي أخته من الرضاعة لا يحد) لأن الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح (ولو قذف مكاتباً مات وترك وفاء لا حد عليه) لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة (ولو قذف مجوسياً تزوج بأمه ثم أسلم يحد

فإنه يقول بوطئها لا يسقط الإحصان، وهو قول مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله لقيام الملك فكان كوطء أمته المجوسية. وجه الصحيح أن الحرمة في المجوسية ونحوها يمكن ارتفاعها فكانت مؤقتة، أما حرمة الرضاع لا يمكن ارتفاعها فلم يكن المحل قابلاً للحل أصلاً فكيف يجعل لغيره. قوله: **(ولو قذف مكاتباً مات وترك وفاء لا حدّ عليه لتمكن الشبهة)** في شرط الحكم وهو الإحصان لاختلاف الصحابة في أنه مات حراً أو عبداً فأورث شبهة إحصانه، وبه يسقط الحد ولا يعلم فيه خلاف بين من يعتبر الحرية من الإحصان قوله: **(ولو قذف مجوسياً تزوج بأمه الخ)** يعني ولو تزوج مجوسي بأمه أو أخته أو بنته **(ثم أسلم)** ففسخ نكاحهما فقذفه مسلم في حال إسلامه يحد عند أبي حنيفة بناء على ما مر من أن أنكحتهم لها حكم الصحة عند أبي حنيفة وقالا: **(لا يحد)** بناء على أن ليس لها حكم الصحة، وقولهما قول الأئمة الثلاثة، وقد مرّ في كتاب النكاح في باب نكاح أهل الشرك قوله: **(وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فقذف مسلماً حدّ لأن فيه حق العبد وقد التزم إيفاء حقوق العباد، ولأنه طمع في أن لا يؤذي فيكون ملتزماً بالضرورة أن لا يؤذي)** وفي بعض النسخ طمع أن لا يؤذي فكان ملتزماً موجب أذاه وهو الحد قوله: **(وإذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وإن تاب)** عندنا لأن رد شهادته عندنا من تمام حدّه خلافاً للشافعي رضي الله عنه فعنده تقبل شهادته إذا تاب كالتائب من الشرب وغيره من المعاصي **(وهي)** خلافية **(تعرف في الشهادات)** إن شاء الله تعالى قوله: **(وإذا حد الكافر في قذف لم تقبل شهادته على أهل الذمة)** وهذا لأن له الشهادة على جنسه على ما عرف عندنا، ورد الشهادة من تمام حد القذف فترد شهادته عليهم **(فإذا أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل تحت الرد)** لأن النص يوجب رد شهادته القائمة وقت القذف وليست فيه تلك فلم تدخل تحت الرد، بخلاف ما لو ارتد المحدود ثم أسلم لا تقبل شهادته لأنه صار مردود الشهادة أبداً، والردة ما زادته إلا شراً فبالإسلام لم تحدث له شهادة، بخلاف الكافر الأصلي ولهذا قبلت مطلقاً على الأهل الإسلام غيرهم، وبه اندفع ما قيل ينبغي أن لا تقبل بعد الإسلام على أهل الذمة لأنها كانت موجودة قبله وقد ردت بالقذف. قلنا: إن هذه أخرى نافذة على الكل لا على أهل الإسلام فقط أو على المسلمين وبتبعيته على الكفار، وهذا بخلاف العبد إذا حدّ في قذف ثم أعتق فإنه لا تقبل له شهادة أبداً لأنه لم يكن له شهادة في تلك الحالة للرق وقد وجب الحد عليه وهو يرد شهادته مع الجلد فينصرف إلى رد ما يحدث له من الشهادة بعد العتق هذا ولقائل أن يقول: إن مقتضى النص عدم قبول كل شهادة له حادثة أو قائمة لأنه

وبقية كلامه ظاهر. وقوله: **(وهذا هو الصحيح)** احترازاً عن قول الكرخي فإنه يقول: بوطئها لا يسقط إحصانه لأن حرمة الفعل مع قيام الملك الذي هو المبيح لا يسقط إحصانه كوطء امرأته الحائض أو المجوسية أو التي ظاهر منها أو المحرمة أو أمته التي زوّجها وهي في عدة من غيره لأن ملك الحل قائم ببقاء سببه. ووجه ظاهر الرواية أن بين الحل والحرمة تنافياً، فمن ضرورة ثبوت أحدهما ينتفي الآخر، والحرمة المؤبدة ثابتة فينتفي الحل. وقوله لأن ملك الحل قائم ببقاء سببه، قلنا: السبب لا يوجب الحكم إلا في محل قابل له، وإذا لم يكن المحل قابلاً للحل في حقه لا يثبت ملك الحل فكان فعله في معنى الزنا وقوله: **(لمكان اختلاف الصحابة)** يعني في أنه مات حراً أو عبداً على ما يجيء في كتاب المكاتب إن شاء الله تعالى. وقوله: **(وقد مرّ في النكاح)** أي في باب نكاح أهل الشرك. وقوله: **(كقذف مسلماً حد)** جواب ظاهر الرواية، وعلى قول أبي حنيفة أولاً لا يحد لأن المغلب فيه حق الله تعالى على ما ذكرنا فكان بمنزلة حد الزنا. وجه ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب وهو واضح. وقوله: **(لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل تحت الرد)** رد بأنه إنما استفاد أهلية الشهادة على المسلمين، فأما على أهل الذمة فقد كانت الأهلية موجودة وقد صارت مجروحة بإقامة الحد عليه. وأجيب بأنه ليس كذلك، بل استفاد بالإسلام أهلية الشهادة على أهل

عند أبي حنيفة، وقالا: لا حد عليه) وهذا بناء على أن تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافاً لهما، وقد مر في النكاح **(وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فقذف مسلماً حد)** لأن فيه حق العبد وقد التزم إيفاء حقوق العباد، ولأنه طمع في أن لا يؤذي فيكون ملتزماً أن لا يؤذي وموجب أذاه الحد **(وإذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وإن تاب)** وقال الشافعي: تقبل إذا تاب وهي تعرف في الشهادات **(وإذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على أهل الذمة)** لأن له الشهادة على جنسه فترد تتمة لحده **(فإن أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين)** لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام فلم تدخل تحت الرد، بخلاف العبد إذا حدّ حد القذف ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته لأنه لا

تعالى قال **﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً﴾** [النور ٤] والحادثة شهادة واقعة في الآباد فمقتضى النص ردها. والجواب أن التكليف بما في الوسع فحينئذ كلف بلا رد شهادته، والامتثال إنما يتحقق برد شهادة قائمة إن كانت وإلا فيما يحدث، وإذا كانت له شهادة قائمة فردت تحقق الامتثال وتم، فلو حدثت أخرى فلو ردت كان بلا مقتض إذ الموجب أخذ مقتضاه قوله: **(وإن ضرب)** يعني الكافر **(سوطاً في)** حدّ **(قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لأن رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له)** أي للحد **(والمقام بعد الإسلام بعض الحد)** وبعض الشيء ليس هو ذلك الشيء فلم يكن رد الشهادة صفة له **(وعن أبي يوسف أنه ترد شهادته إذ الأقل تابع للأكثر والأول أصح)** لما ذكرنا وعرف أنه لو أقيم عليه الأكثر قبل الإسلام ثم أسلم وأقيم الباقي تقبل شهادته عند أبي يوسف أيضاً، وأورد عليه، كما أن المقام بعد الإسلام بعض الحد كذلك المقام قبل الإسلام فينبغي أن لا يكون صفة، وأيضاً جعله صفة لما أقيم بعد الإسلام أولى لما أن العلة إذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الآخر. أجيب بأن النص ورد بالأمر بالجلد والنهي عن القبول، وليس أحدهما مرتباً على الآخر فتعلق بفعل كل منهما ما يمكن، والممكن رد شهادة قائمة للحال فيتقيد النهي به، وهذا كما ترى لا يدفع الوارد على قوله صفة له بل هو تقرير آخر. وأصل هذا ما ذكر في الأصل والمبسوط قال: لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد إذا كان عدلاً، ثم قال والحد لا يتجزأ فما دونه يكون تعزيراً لا حداً، والتعزير غير مسقط للشهادة. قال: وفي هذه المسئلة عن أبي حنيفة ثلاث روايات: إحداها ما ذكرنا وهو قولهما، والثانية إذا أقيم عليه أكثر الحد سقطت شهادته إقامة للأكثر مقام الكل وهي التي ذكرها المصنف عن أبي يوسف، والثالثة إذا ضرب سوطاً واحداً سقطت، قال: وهذه الروايات الثلاث في النصراني إذا أقيم عليه بعض الحد ثم أسلم على ما ذكر في الجامع الصغير قوله: **(ومن زنى أو شرب أو قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله)** سواء قذف واحداً مراراً أو جماعة بكلمة كقوله أنتم زناة أو بكلمات كأن يقول يا فلان أنت زان وفلان زان حتى إذا حضر واحد منهم فادعى وحدّ لذلك ثم حضر آخر فادعى أنه قذفه لا يقام إذا كان بقذف قبل أن يحد، لأن حضور بعضهم للخصومة كحضور كلهم فلا يحد ثانياً إلا إذا كان بقذف آخر مستأنف. وحكى أن ابن أبي ليلى سمع من يقول لشخص يا ابن الزانيين فحده حدين في المسجد، فبلغ أبا حنيفة فقال: يا للعجب لقاضي بلدنا أخطأ في مسئلة واحدة في خمسة مواضع: الأول: أخذه بدون

الذمة تبعاً لأهلية الشهادة على المسلمين، وهذه غير ما كانت حين أقيم عليه الحد، فإن تلك كانت بطريق الأصالة على أهل الذمة، وهذه بطريق التبعية للمسلمين، فإن أهلية الشهادة على الأشرف تقتضي أهليتها على الأخس. ولقائل أن يقول: سلمنا وجود المقتضى لكن المانع وهو الرد أوّلاً موجود. وقوله: **(بخلاف العبد)** جواب عما يقال العبد إذا قذف فضرب الحد ثم أعتق لا

قوله: **(ولقائل أن يقول سلمنا إلخ)** أقول: أنت خبير بأن المردود ليس هذه الشهادة التي حدثت بعد حصول عدالة الإسلام قوله: **(فكيف ينقلب موجباً للرد إلخ)** أقول: كمسلم زنى في دار الحرب ثم خرج لم يحد وقد سبق قوله: **(مردودة بحد القذف قبل الإسلام وبعده)** أقول: فيه شيء، إذ ليست له تلك الشهادة بعد الإسلام حتى ترد قوله: **(والشهادة المقبولة إلخ)** أقول: وسيجيء إن شاء الله تعالى في باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل كلام متعلق بالمقام.

شهادة له أصلاً في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده **(وإن ضرب سوطاً في قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته)** لأن رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الإسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة

طلب المقذوف، والثاني: أنه لو خاصم وجب حد واحد، والثالث: أنه إن كان الواجب عنده حدين ينبغي أن يتربص بينهما يوماً أو أكثر حتى يخف أثر الضرب الأول، والرابع: ضربه في المسجد، والخامس: ينبغي أن يتعرف أن والديه في الأحياء أولاً. فإن كانا حيين فالخصومة لهما وإلا فالخصومة للابن. ومن فروع التداخل أنه لو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطاً ثم قذف قذفاً آخر لا يضرب إلا ذلك السوط الواحد للتداخل لأنه اجتمع الحدان، لأن كمال الحد الأول بالسوط الذي بقي، وسنذكر منه أيضاً في فروع نختم بها. وقوله: **(غير مرة)** يتعلق بكل واحد من الثلاثة: أي من الزنا غير مرة أو شرب غير مرة أو قذف غير مرة فحد مرة فهو لذلك مما سبق منه، وعند الشافعي أن قذف جماعة بكلمة فكذلك في قول وإن قذفهم بكلمات أو قذف واحداً مرات بزنا آخر يجب لكل قذف حد. وعندنا لا فرق ولا تفصيل بل لا تعدد كيفما كان، وبقولنا قال مالك والثوري والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وحماد وطاوس وأحمد في رواية، وفي رواية كقول الشافعي الذي ذكرناه آنفاً واحتجا بأن مقتضى الآية ترتب الحكم على الوصف المشعر بالعلية فيتكرّر على ما عرف. وفي الجديد للشافع لا يتداخل ولو قذفهم بكلمة واحدة لما ذكرنا حق آدمي، ولنا ما ذكر من قوله: **(أما الأولان)** وهو كل من الزنا والشرب **(فلأن المقصد من إقامة الحد حقاً لله تعالى الانزجار)** عن فعله في المستقبل **(واحتمال حصوله)** بالحد الواحد المقام بعد الزنا المتعدد منه والشرب المتعدد **(قائم فتتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني)** والحدود تدرأ بالشبهات بالإجماع، بخلاف ما إذا زنى فحد ثم زنى يجب حد آخر لتيقننا بعدم انزجاره بالأول، والجواب عما استدل به أن الإجماع لما كان على دفع الحدود بالشبهات كان مقيداً لما اقتضته الآية من التكرر عند التكرر بالتكرر الواقع بعد الحد الأول، بل هذا ضروري فإنك علمت أن المخاطب بالإقامة في قوله «فاجلدوهم» الأئمة، ولا يتعلق بهم هذا الخطاب إلا بعد الثبوت عندهم فكان حاصل النص إيجاب الحد إذا ثبت السبب عندهم أعم من كونه بوصف الكثرة أو القلة، فإذا ثبت وقوعه منه كثيراً كان موجباً لجلد مائة أو ثمانين ليس غير، فإذا جلد ذلك وقع الامتثال، ثم هو أيضاً ترك مقتضى التكرر بالتكرر فيما إذا قذف واحداً مرة ثم قذفه ثانياً بذلك الزنا فإنه لا يحده مرتين، وفي حد الزنا والشرب فالحق أن الاستدلال له بالآية لا يخلصه فإنه يلجيء إلى ترك مثلها من آية حد الزنا فيعود إلى أن هذا حق آدمي، بخلاف الزنا فكان المبني إثبات أنه حق الله تعالى أو حق آدمي، فما ذكر المصنف أخصر وأصوب. وقوله: **(وأما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى فكان ملحقاً بهما)** لا حاجة إلى إلحاقه، بل عين الدليل المذكور يجري فيه وهو أنه حد شرع حقاً لله سبحانه وتعالى لمقصود الانزجار عن الأعراض، فحيث أقيم ثبتت شبهة إلى آخر ما ذكر،

تقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر إذا أسلم؟ وكلامه ظاهر. واعترض بأن المعقول هنا انعكاس حكمهما، لأنه لما كان للكافر شهادة في جنسه يجب أن ترد شهادته بحد القذف تتميماً لحد القذف ثم يدوم ذلك الرد إلى ما بعد الإسلام، ولما لم يكن للعبد شهادة في شيء أصلاً لم ينعقد الحد حال وجوده موجباً لرد الشهادة فكيف ينقلب موجباً للرد بعد ذلك؟ والجواب أن شهادته التي كانت في جنسه مردودة بحد القذف قبل الإسلام وبعده، والشهادة المقبولة هي شهادة المسلم اكتسبها بالإسلام فلا ترد، ولم نقل في العبد بأن غير الموجب انقلب موجباً، وإنما توقفنا في إيجابه إلى حين إمكان الموجب وهو الرد. قوله: (وإن ضرب سوطاً في قذف) ظاهر، واعترض بأن المقام بعد الإسلام إن كان بعض الحد فالمقام قبل الإسلام كذلك، فكما لا يكون رد الشهادة صفة لما أقيم بعد الإسلام فكذلك لا يصلح أن يكون صفة لما أقيم قبل الإسلام، بل جعلة صفة لما أقيم بعد الإسلام أولى لما أن العلة إذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الأخير على ما عرف في موضعه. والجواب أنا لم نجعل الرد صفة لا للمقام قبل الإسلام

قوله: (وقيل في الجواب إلخ) أقول جواب تسليم كون الرد صفة للمقام قبل الإسلام، ثم لا يخفى أن هذا الجواب غير مناسب لما في الهداية فتأمل.

صفة له. وعن أبي يوسف أنه ترد شهادته إذ الأقل تابع للأكثر. والأول أصح. قال: **(ومن زنى أو شرب أو قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله)** أما الأولان فلأن المقصود من إقامة الحد حقاً لله تعالى الانزجار، واحتمال حصوله بالأول قائم

وحق العبد في الخصومة فيه دون غيره ليس َغير قوله: **(وهذا بخلاف ما إذا زنى وقذف وشرب وسرق)** ثم أخذ يعني وثبتت الأسباب عند الحاكم حيث تجب الحدود المختلفة كلها لاختلاف المقصود من كل جنس من أسبابها، فإن المقصود من حد الخمر صيانة العقول، ومن حد الزنا صيانة الأنساب، ومن حد القذف صيانة الأعراض، وثبت كل بخطاب يخصه، فلو حددنا في الخمر والقذف حداً واحداً عطلنا نصاً من النصوص عن موجبه.

[فروع] ثبت عليه بإقراره الزنا والسرقة والشرب والقذف وفق عين رجل يبدأ بالقصاص في العين لأنه محض حق العبد، ثم إذا برىء أخرجه فحده للقذف لأنه مشوب بحقه، فإذا برىء فالإمام بالخيار إن شاء بدأ بحد الزنا وإن شاء بحد السرقة، لأن كلا حق الله تعالى وهو ثابت بنص يتلى، ويجعل حد الشرب آخرها فإنه أضعف لأنه بما لا يتلى، وتقدم قول عليّ «أن رسول الله ﷺ لم يسنه»(١) وكلما أقام عليه حداً حبسه حتى يبرأ لأنه لو خلى سبيله ربما يهرب فيصير الإمام مضيعاً للحدود وهو منهي عن ذلك، وإن كان محصناً اقتص منه في العين وضربه حد القذف ثم رجمه، لأن حد السرقة والشرب محض حق الله تعالى، ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها قتل نفس قتل وترك ما سوى ذلك. هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس. والمعنى أن المقصود الزجر له ولغيره، وأتم ما يكون منه باستيفاء النفس والاشتغال بما دونه لا يفيد إلا أنه يضمن السرقة لو أتلفها لأنه يجب عليه بالأخذ، وإنما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد فلهذا يضمنه فيؤمر بإيفائها من تركته، ولا يقام حد في المسجد ولا قود ولا تعزير، ولكن القاضي إن أراد أن يقام بحضرته يخرج من المسجد كما فعل عليه الصلاة والسلام في الغامدية، أو يبعث أميناً كما فعل عليه الصلاة والسلام في ماعز(٢)، ولا يستحلف في القذف إذا أنكره. ولا في شيء من الحدود لأنه يقضي بالنكول، وهو ممتنع في الحدود لأن النكول إما بذل والبذل لا يكون في الحدود أو قائم مقام الإقرار، والحد لا يقام بما هو قائم مقام غيره، بخلاف التعزير والقصاص فإنه يستحلف على سببهما، ويستحلف في السرقة لأجل المال، فإن نكل ضمن المال ولا يقطع لأن حقيقة السرقة أخذ المال بقيد فيحلف على أخذ المال لا على فعل السرقة، وعند نكوله يقضي بموجب الأخذ وهو الضمان، كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت الأخذ فيضمن ولا يقطع، وإذا أقام المقذوف بينة بالقذف سألهما القاضي عن القذف ما هو وعن خصوص ما قال لأن الرمي بغير الزنا قد يظنونه قذفاً فلا بد من استفسارهم، فإن لم يزيدوا على قولهم قذفه لا يحد، وإذا شهدوا أنه قال يا زاني وهم عدول حد، فإن لم يعرف القاضي عدالتهم حبس القاذف حتى يزكوا لأنه صار متهماً بارتكاب ما لا يحل من أعراض في الناس فيحبس في هذه التهمة ولا يكفله على ما تقدم في الزنا فارجع إليه ولا تكفل في شيء من الحدود والقصاص في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول، ولهذا يحبسه أبو حنيفة، وفي قوله أبي يوسف الآخر وهو قول محمد يؤخذ منه الكفيل، ولهذا لا يحبس عندهما في دعوى حد القذف والقصاص ولا خلاف أنه لا تكفيل بنفس الحدود والقصاص، لأن النيابة لا تجزي في إيفائهما، والمقصود من الكفالة إقامة الكفيل

ولا للمقام بعده، وإنما قلنا إن الرد صفة للحد والحد ثمانون ولم يوجد فلم تترتب التتمة. وقيل في الجواب النص، ورد بالأمر بالحد والنهي عن قبول الشهادة وكل. واحد منهما غير مرتب على الآخر نصاً فيتعلق كل واحد منهما بما يمكن، والممكن زمان النهي ردّ شهادة قائمة للحال فيتقيد به **(وعن أبي يوسف أنه ترد شهادته والأقل تابع للأكثر)** فكأن الكل وجد بعد الإسلام وهو رواية عن أبي حنيفة أيضاً **(والأول أصح)** لما ذكرنا أن النص ورد بالأمر بالحد والنهي عن قبول الشهادة الخ. وقوله: **(ومن قذف أو زنى**

---

(١) أثر علي تقدم ومعناه: لم يَسُنَّ النبي ﷺ عدداً معلوماً من الجلد في حد الخمر، وقد تقدم رواه الشيخان.

(٢) خبر ماعز والغامدية تقدما في حد الزنا.

فتتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني، وهذا بخلاف ما إذا زنى وقذف وسرق وشرب، لأن المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل. وأما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله فيكون ملحقاً بهما. وقال الشافعي: إن اختلف المقذوف أو المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل، لأن المغلب فيه حق العبد عنده.

مقام المكفول عنه في الإيفاء، وهذا لا يتحقق في شيء من الحدود. فأما أخذ الكفيل بنفس المدعي عليه فعند أبي حنيفة إذا زعم المقذوف أن له بينة حاضرة في المصر فكذلك لا يأخذ منه كفيلاً بنفسه ولكن يلازمه إلى آخر المجلس، فإن أحضر بينة وإلا خلى سبيله، وعند أبي يوسف ومحمد يأخذ منه كفيلاً بنفسه إلى ثلاثة أيام، وقالا: حد القذف في الدعوى والخصومة مثل حقوق العباد، وفي أخذ الكفيل بنفسه نظر للمدعى من حيث يتمكن من إحضار الخصم لإقامة البينة عليه، ولا ضرر فيه على المدعى عليه، وأبو حنيفة يقول: هذا احتياط والحدود يحتاط في درئها لا في إثباتها، وكان أبو بكر الرازي يقول: مراد أبي حنيفة أن القاضي لا يجبره على إعطاء الكفيل، فأما إذا سمحت نفسه به فلا بأس لأن تسليمه نفسه مستحق عليه، والكفيل في الكفالة بالنفس إنما يطلب بهذا القدر، فأما إن قام شاهدا واحداً لا يعرفه القاضي بالعدالة فهو كما لو لم يقم أحداً ولا يلازمه إلا إلى آخر المجلس، فإن كان ظاهر العدالة حبسه إذا قال إن له شاهداً آخر يومين أو ثلاثة هذا المقدار استحسان، وهذا كله عند أبي حنيفة لأنه لا يرى الكفالة بالنفس في الحدود، وعندهما يأخذ كفيلاً بنفسه، ولا يحبسه لأن المقصود يحصل بذلك. ولو اختلف الشاهدان على القذف في الزمان والمكان لا تبطل شهادتهما عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يمنع قبول الشهادة لأنه إنشاء سبب موجب للحد، فما لم يتفق الشاهدان على سبب واحد لا يقضي به، كما لو اختلفا في إقراره بالقذف وإنشائه له، وأبو حنيفة يقول: القذف قول قد يكرر فيكون حكم الثاني حكم الأول، فلا يختلف المشهود به باختلافهما في المكان والزمان كالطلاق والعتاق، وهذا هو القياس في الإنشاء والإقرار، إلا أني أستحسن هناك لأن حكم الإقرار بالقذف يخالف حكم الإنشاء، بدليل أن من تزوّج امرأة ثم أقرّ أنه كان قذفها قبل النكاح عليه الحد، ولو قذفها في الحال كان عليه اللعان، ولو اختلفوا في اللغة التي وقع القذف بها من العربية والفارسية وغيرهما بطلت شهادتهم لأن عند اختلاف اللغة يتمكن الاختلاف في الصراحة ونحوها، وكذا لو شهد أحدهما أنه قال يا ابن الزانية والآخر لست لأبيك، ولو شهد أحدهما أنه قذفه يوم الخميس والآخر أنه أقر أنه قذفه يوم الخميس لا يحد، ولا يقبل في إثبات القذف كتاب القاضي ولا الشهادة على الشهادة، ولو قال القاذف بعد ثبوت القذف عند القاضي عندي بينة تصدق قولي أجل مقدار قيام القاضي من مجلسه من غير أن يطلق عنه ويقال له ابعث إلى شهودك. وذكر ابن رستم عن محمد: إذا لم يكن له من يأتي بهم أطلق عنه وبعث معه بواحد من شرطه ليرده عليه. وفي ظاهر الرواية لم يفتقر إلى هذا لأن سبب وجوب الحد ظهر عند القاضي فلا يكون له أن يؤخر الحد لما فيه من الضرر على المقذوف بتأخير دفع العار عنه، وإلى آخر المجلس قليل لا تضرر به كالتأخير إلى أن يحضر الجلّاد. وعن أبي يوسف يستأنى به إلى المجلس الثاني لأن القذف موجب للحد بشرط عجزه عن إقامة أربعة والعجز لا يتحقق إلا بالإمهال، كالمدعى عليه إذا ادعى طعناً في الشهود يمهل إلى المجلس الثاني. وجوابه ما قلنا، وعرف أنه لا يقبل منه إلا أربعة، فلو جاء بثلاثة حد هو والثلاثة، قال تعالى ﴿ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم﴾ النور ٤ فإن شهد رجلان أو رجل وامرأتان على إقرار المقذوف بالزنا يدرأ عن القاذف الحد وعن الثلاثة لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فكأنا سمعنا إقراره بالزنا، إلا أن المعتبر في الإقرار إسقاط الحد لا إقامته لأن ذلك لا يمكن ولو كثرت

الخ) ظاهر. وذكر في المبسوط: لو قذف جماعة في كلمة واحدة بأن قال يا أيها الزناة، أو كلمات متفرقة بأن قال يا زيد أنت زان ويا عمر وأنت زان ويا خالد أنت زان لا يقام عليه إلا حد واحد عندنا، وعند الشافعي إن قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب، وإن قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم لأنه حق المقذوف عنده فلا يجري فيه التداخل عند اختلاف السبب، وعندنا أن المغلب فيه حق الله وهو مشروع للزجر فيجري فيه التداخل كسائر الحقوق.

. . . .

الشهود، ولو زنى المقذوف قبل أن يقام الحد على القاذف أو وطىء وطأ حراماً على ما ذكرنا أو ارتد سقط الحد عن القاذف ولو أسلم بعد ذلك لأن إحصان المقذوف شرط فلا بد من وجوده عند إقامة الحد، وكذا إذا خرس أو عَتَهَ ولكن لا لزوال إحصانه بل لتمكن شبهة أنه لو كان ناطقاً صدقه، ولا يلقن القاضي الشهود ما تتم به شهادتهم في الحدود.

(جنس آخر) تقدم أن قوله أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس لا حد عليه وهو من المبسوط. وفي فتاوى قاضيخان قال: أنت أزنى الناس أو أزنى من فلان عليه الحد، ولو قال أنت أزنى مني لا حد عليه، ولو قال لها يا زانية فقالت أنت أزنى مني حد الرجل وحده. ولو قال لامرأة ما رأيت زانية خيراً منك لا حد عليه، وكذا لو قال لامرأته وطئك فلان وطأ حراماً أو فجر بك أو جامعك حراماً لا حد عليه، وكذا إذا قال أخبرت أنك زان أو أشهدت على ذلك، ولو قال زنيت وفلان معك يكون قاذفاً لهما لأن العادة أن لامعية حال الزنا فانصرف إلى معية الفعل دون الحضور، ومن قال لست لأبويك لا يكون قاذفاً وهو ظاهر لست لإنسان لست لرجل ليس قذفاً. رجل قذف ولده أو ولد ولده لا حدّ عليه، ولو قذف أباه أو أمه أو عمه حد. قال لرجل قل لفلان يا زاني فإن قال الرسول للمرسل إليه فلان يقول لك يا زاني لا حد على الرسول ولا على المرسل، وإن قال له يا زاني حد الرسول خاصة. ولو قذف ميتة فصدقه ابنها ليس له أن يطالب بقذفه بعد ذلك، ولو قال له يا ابن الحجام أو يا ابن الحائك لا حد عليه، ولو قال لرجل يا ابني لا حد عليه لأنه تلطف، وكذا لو قال يا ابن النصراني أو يا ابن اليهودي. وفي الخلاصة عن مجموع النوازل: رجل قال في ميت لم يشرب الخمر ولم يزن فقال أحرجه كرده ست لم يحد لأنه ليس بإشارة إلى هذه الأفعال، ولو قال اين حه كرده است فكذلك لأنه لم يسمه ولم يكنه، ولو قال ولا اين حمه كرداست يكون قذفاً، ومعنى الأول فعل الكل، ومعنى الثاني فعل هذه كلها، ومعنى الثالث هو فعل هذه كلها. وفي الفتاوي: قال لرجلين أحدكما زان فقيل له هذا هو لأحدهما فقال لا لا حد عليه لأن أصل القذف لم يقع موجباً. ولو قال لجماعة كلكم زان إلا واحداً يجب عليه الحد لأن القذف فيه موجب للحد فكان لكل واحد أن يدعي ما لم يعين المستثنى. ومن فروع تداخل حد القذف ما ذكره المصنف في التجنيس: عبد قذف حراً فأعتق فقذف آخر فاجتمعا ضرب ثمانين، ولو جاء الأول فضرب أربعين، ثم جاء به الآخر تمم له الثمانين لأن الأربعين وقع لهما يبقى الباقي أربعين، ولو قذف آخر قبل أن يأتي به الثاني تكون الثمانون لهما جميعاً، ولا يضرب ثمانين مستأنفاً لأن ما بقي تمامه حد الأحرار فجاز أن يدخل فيه الأحرار، وهذا ما وعدناه، ولو قال لامرأة يا روسى[1] يحد، ولو قال يا قحبة[2] فإنه يعزّر.

. . . .

(١) جاء في القاموس ما ملخصه: رامَ رَوْساً. مشىٰ متبختراً. وفلانٌ: إنه لَرَوْسُ سَوْءٍ ـ رَجُلُ سَوْءٍ والروس قوم بلادهم متاخمة للترك اهـ.

(٢) القَحْبَةُ: المرأةُ البغيُّ وإنما قيل لها ذلك: لأنها تتنحنح، أو تسعل ترمز بذلك، وقَحَبَ الرجل: إذا سعل من لؤمه اهـ مصباح باختصار.

فصل في التعزير

فصل في التعزير

لما قدم الحدود المقدرة بالنصوص القاطعة وهي أوكد أتبعها التعزير الذي هو دونها في المقدار والدليل. والتعزير تأديب دون الحد، وأصله من العزر بمعنى الرد والردع. وهو مشروع بالكتاب، قال الله تعالى **﴿فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾** [النساء ٣٤] أمر بضرب الزوجات تأديباً وتهذيباً. وفي الكافي قال عليه الصلاة والسلام «لا ترفع عصاك عن أهلك»(١) وروى «أنه عليه الصلاة والسلام عزّر رجلاً قال لغيره يا مخنث»(٢). وفي المحيط: روى عنه عليه الصلاة والسلام قال «رحم الله امرأ علق سوطه حيث يراه أهله»(٣) وأقوى من هذه الأحاديث قوله عليه الصلاة والسلام «لا يجلد فوق عشر إلا في حد»(٤) وسيأتي. وقوله «واضربوهم على تركها لعشر»(٥) في الصبيان، فهذا دليل شرعية التعزير وأجمع عليه الصحابة. وبالمعنى وهو أن

فصل في التعزير

لما فرغ من ذكر الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب أو السنة المشهورة ذكر في هذا الفصل الزواجر التي دونها في القدر وقوة الدليل وهو التعزير، وهو تأديب دون الحد، وأصله من العزر بمعنى الرد والردع، والأصل في هذا أن من قذف غيره بكبيرة ليس فيها حد مقدر يجب التعزير. قال في الفتاوى الظهيرية: اعلم أن التعزير قد يكون بالحبس وقد يكون بالصفع وتعريك الأذن، وقد يكون بالكلام العنيف، وقد يكون بالضرب، وقد يكون بنظر القاضي إليه بوجه عبوس، ولم يذكر محمد التعزير بأخذ المال، وقد

فصل في التعزير

قال الإمام التمرتاشي في شرح الجامع الصغير في آخر باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب: كل شيء صنعه الإمام ليس فوقه إمام مما يوجب الحد فلا حد عليه لأن الاستيفاء إليه ولا يمكن أن يستوفي من نفسه، واستيفاء نائبه عنه كاستيفائه، بخلاف القصاص وحقوق العباد لأن استيفاء ذلك إلى أربابها. وقال الشهيد: وعلى هذا حد القذف ينبغي أن لا يجب على الإمام لأن المغلب فيه حق الله

---

(١) أخرجه الطبراني في الصغير ١١٤ والأوسط كما في المجمع ٨/١٠٦ من حديث ابن عمر: «لا ترفع العصا على أهلك وأخفهم في الله عز وجل».
قال الهيثمي: فيه الحسن بن صالح بن حي وثقه أحمد وغيره، وضعفه النووي وغيره، فالحديث إسناده جيد اهـ.
قلت: وفيه سويد بن عمرو الكلبي ثقة لكن تكلم فيه ابن حبان، فالحديث حسن إن شاء الله تعالى.

(٢) لا أصل له بهذا اللفظ. وقد أخرجه الترمذي ١٤٦٢ من حديث ابن عباس: «إذا قال الرجل للرجل يا يهودي، فاضربوه عشرين، وإذا قال: يا مخنث، فاضربوه عشرين» وقال الترمذي: فيه إبراهيم بن إسماعيل يُضعف اهـ
قلت: وله علة ثانية، وهي داود بن حصين عن عكرمة. وقد قال الحافظ في التقريب عن داود: ثقة إلا في عكرمة. فالحديث الآخر، وهو هذا ضعيف أيضاً.

(٣) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل ٤/٣٣٦ من حديث جابر، وقال: قال يحيىٰ: عباد بن كثير البصري: ليس بشيء وقال مرة: لا يكتب حديثه.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٦٨٤٨ و ٦٨٤٩ و ٦٨٥٠ ومسلم ١٧٠٨ وأبو داود ٤٤٩٢ و ٤٤٩١ والترمذي ١٤٦٣ وابن ماجه ١٦٠١ والدارمي ١٧٦٢ وعبد الرزاق ١٣٦٧٧ والطحاوي في المشكل ٣/١٦٤ ـ ١٦٥ وابن حبان ٤٤٥٢ و ٤٤٥٣ واستدركه الحاكم ٤/٣٨١ وأحمد ٤/٤٥ و ٣/٤٦٦ والبيهقي ٨/٣٢٧ والبغوي ٢٦٠٩ والطبراني ٢٢ (٥١٥) (٥١٦) من طرق كلهم عن أبي بردة بن نيار قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يُجلد فوق عشرة أسواط إلا في حدٍّ من حدود الله».
ورواية: «لا جلد فوق عشرة...» الحديث.
والعجب: صححه الحاكم، وقال: لم يخرجاه، وسكت الذهبي!

(٥) تقدم في كتاب الصلاة، وهو حديث حسن.

. . . .

. . . .

الزجر عن الأفعال السيئة كي لا تصير ملكات فيفحش ويستدرج إلى ما هو أقبح وأفحش فهو واجب. وذكر التمرتاشي عن السرخسي أنه ليس فيه شيء مقدر بل مفوض إلى رأي القاضي، لأن المقصود منه الزجر، وأحوال الناس مختلفة فيه، فمنهم من ينزجر بالصيحة ومنهم يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب، ومنهم من يحتاج إلى الحبس. وفي الشافي: التعزير على مراتب: تعزير أشراف الأشراف وهم العلماء والعلوية بالإعلام وهو أن يقول له القاضي بلغني أنك تفعل كذا وكذا فينزجر به، وتعزير الأشراف وهم الأمراء والدهاقين بالإعلام والجر إلى باب القاضي والخصومة في ذلك، وتعزير الأوساط وهم السوقة بالجر والحبس، وتعزير الأخسة بهذا كله وبالضرب. وعن أبي يوسف: يجوز التعزير للسلطان بأخذ المال، وعندهما وباقي الأئمة الثلاثة لا يجوز. وما في الخلاصة سمعت من ثقة أن التعزير بأخذ المال إن رأى القاضي ذلك، أو الوالي جاز، ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال مبني على اختيار من قال بذلك من المشايخ كقول أبي يوسف. وقال التمرتاشي: يجوز التعزير الذي يجب حقا لله تعالى لكل أحد بعلة النيابة عن الله. وسئل أبو جعفر الهنداوني عمن وجد رجلاً مع امرأة أيحل له قتله؟ قال: إن كان يعلم أنه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا يقتله، وإن علم أنه لا ينزجر إلا بالقتل حل له قتله، وإن طاوعته المرأة يحل قتلها أيضاً. وهذا تنصيص على أن الضرب تعزير يملكه الإنسان وإن لم يكن محتسباً، وصرح في المنتقى بذلك، وهذا لأنه من باب إزالة المنكر باليد، والشارع ولي كل أحد ذلك حيث قال «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه»[1] الحديث، بخلاف الحدود فإنها لم تثبت توليتها إلا للولاة، وبخلاف التعزير الذي يجب حقاً للعبد بالقذف ونحوه فإنه لتوقفه على الدعوى لا يقيمه إلا الحاكم إلا أن يحكما فيه، ثم التعزير فيما شرع فيه التعزير إذا رآه الإمام واجب وهو قول مالك وأحمد، وعند الشافعي ليس بواجب لما روي أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ وقال «إني لقيت امرأة فأصبت منها ما دون أن أطأها، فقال رسول ﷺ: أصليت معنا؟ قال نعم، فتلا عليه ﴿إن الحسنات يذهبن السيئات﴾[2]

قيل روي عن أبي يوسف أن التعزير من السلطان بأخذ المال جائز، وذكر الإمام التمرتاشي أن التعزير الذي يجب حقاً لله تعالى يلي

تعالى. ذكر أبو اليسر: ولهذا لو عفا لا يصح، علل في الشافي لأنه بالعفو رضي بانتهاك عرضه وهذا لا يمنع وجوب الحد، فإنه إذا رضي بقذفه لا يمتنع وجوبه ولا يعتاض عنه ولا يورث. وفي التحليف خلاف، ثم ذكر وكان المغلب فيه حق العبد بدليل أنه لا يسقط بالتقادم ولا بالردة ويقيمه القاضي بعلمه، ولا يصح الرجوع عنه بعد الإقرار، ويشترط فيه الدعوى، ويقام على المستأمن ولا يقام للابن على الأب ولا للمولى على عبده، ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وشرب الخمر، فدل على أن المغلب حق العبد والأصول تشهد له، فإن حق الله وحق العبد إذا اجتمعا يغلب حق العبد لحاجته، غير أن الإمام يستوفيه دون المقذوف وإن كان حقه، لأنه لو فوض إليه أقامه على أشد الوجوه غيظاً فيتلفه، وهو كالتعزير أنه حق العبد وإقامته للإمام، بخلاف القصاص فإن الاستيفاء للولي لأنه مقدر، وبخلاف التعزير الواجب حقاً لله تعالى لأنه يلي إقامته كل أحد بعلة النيابة عن الله تعالى. وسئل الهندواني: رجل وجد رجلاً مع امرأة أيحل له قتله؟ قال: إن كان يعلم أنه ينزجر عن

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم (٤٩) (٧٩) وأبو داود ١١٤٠ . ٤٣٤٠ والترمذي ٢١٧٣ والنسائي ٨/ ١١١ . ١١٢ وابن ماجه ١٢٧٥ و ٤٠١٣ وابن حبان ٣٠٦ و٣٠٧ والطيالسي ٢١٩٦ وأبو يعلى ١٠٠٩ و ١٢٠٣ وأحمد ٣/ ٢٠ . ٤٩ . ٥٤ . ٥٣ والبيهقي ١٠/ ٩٠ من طرق كلهم من حديث أبي سعيد
وتمامه: «فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان».
وله قصة بين أبي سعيد الخدري ومروان بن الحكم.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٢٦ و ٤٦٨٧ ومسلم ٢٧٦٣ من وجوه وأبو داود ٤٤٦٨ والترمذي ٣١١١ وابن ماجه ٤٢٥٤ و ١٣٩٨ وعبد الرزاق ١٣٨٣٠ و ١٣٨٢٩. والبغوي في شرح السنة ٣٤٦ والطبري ٢/ ١٣٥ وأبو يعلى ٥٢٤٠ و ٥٣٨٠ والطيالسي ١٩٥٨ وابن خزيمة ٣١٣ وأحمد ١/ ٤٤٥ و ٤٤٩ و ٣٨٦ و ٤٣٠ من طرق كلهم من حديث ابن مسعود.
اختصره البخاري، وأما مسلم فرواه مختصراً، ورواه مطولاً بأتم من هذا.
تنبيه: ليس في روايات ابن مسعود لفظ: «أصليت معنا» وإنما هو في حديث أنس أخرجه مسلم ٢٧٦٤ وفي حديث أبي أمامة أيضاً عند مسلم ٢٧٦٥ لكن ليس في حديثهما ذكر نزول الآية، ولا تلاوة النبي ﷺ، ولكن الظاهر أن القصة واحدة.

. . . .

[هود ١١٤] وقال في الأنصار: «اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم»[1] وقال رجل للنبي ﷺ في الحكم الذي حكم به للزبير في سقي أرضه فلم يوافق غرضه «أن كان ابن عمتك، فغضب النبي ﷺ ولم يعزره»[2]. ولنا أن ما كان منصوصاً عليه من التعزير كما في وطء جارية امرأته أو جارية مشتركة يجب امتثال الأمر فيه وما لم يكن منصوصاً عليه إذا رأى الإمام بعد مجانبة هوى نفسه المصلحة أو علم أنه لا ينزجر إلا به وجب لأنه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحد، وما علم أنه ينزجر بدونه لا يجب وهو محمل حديث الذي ذكر للنبي ﷺ ما أصاب من المرأة فإنه لم يذكره للنبي ﷺ وهو نادم منزجر، لأن ذكره له ليس إلا للاستعلام بموجبه ليفعل معه. وأما حديث الزبير فالتعزير لحق آدمي هو النبي ﷺ ويجوز تركه. وفي فتاوى قاضيخان: التعزير حق العبد كسائر حقوقه يجوز فيه الإبراء والعفو والشهادة ويجري فيه اليمين: يعني إذا أنكر أنه سبه يحلف ويقضي بالنكول، ولا يخفى على أحد أنه ينقسم إلى ما هو حق العبد وحق الله، فحق العبد لا شك في أنه يجري فيه ما ذكر، وأما ما وجب منه حقاً لله تعالى فقد ذكرنا آنفاً أنه يجب على الإمام، ولا يحل له تركه إلا فيما علم أنه انزجر الفاعل قبل ذلك ثم يجب أن يتفرع عليه أن يجوز إثباته بمدّع شهد به فيكون مدعياً شاهداً إذا كان معه آخر. فإن قلت: في فتاوى قاضيخان وغيره: إن كان المدعى عليه ذا مروءة وكان أوّل

. . . .

الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا. وإن علم أنه لا ينزجر إلا بالقتل حل له قتله، وإن طاوعته المرأة حل له قتلها أيضاً. قلت: وهذا تنصيص منه على أن الضرب تعزير يملكه الإنسان وإن لم يكن محتسباً، وكذا القتل. ثم وجدت المسئلة في المنتقى عن أبي يوسف كذلك، لكن وضعها: وجد رجلاً مع امرأته أو مع محرم له أو مع جاريته. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: رأى محصناً يزني جاز له أن يرميه ويقتله. وفي جامع قاضيخان فخر الدين: في باب من الشهادة في الحدود أن الأصل في كل شخص إذا رأى مسلماً يزني أن يحل له قتله، وإنما امتنع خوفاً من أن يقتله، ولا يصدق في قوله إنه يزني. وفي الشافي: ليس للمولى أن يحد عبده أو أمته لأنه حق الولاة وهم الذين يلون ذلك لأنهم الخلفاء في الشرع؛ وله أن يعزرهما لأن التعزير تأديب فجاز أن يليه المولى. عاين القاضي رجلاً يزني أو يشرب لم يحد استحساناً. وعن محمد يحد، وهو القياس اعتباراً بسائر الحقوق وحد القذف والقصاص. وجه الاستحسان الاستيفاء إلى القاضي، والقاضي مندوب إلى الدرء بالخير فلحقته التهمة فيما يستوفيه ولا يستوفى. وفي سير بكر: إذا شتم الإمام الأعظم أحد يفوض إلى غيره إقامته لا يقيمه بنفسه ولا يشتم. وفي أدب القاضي: القاضي إذا ولى غيره في القضاء له وعليه جاز. ويجوز قضاء المقلد للمقلد وعليه كان المقلد الخليفة أو قاضي القضاة، لأن المقلد ليس بنائب عن المقلد بل هو نائب عن المسلمين ولهذا لا ينعزل بموته، فكل من تقبل شهادته له ينفذ قضاؤه له وما لا فلا. وفي النظم: وكذا قضاؤه لنائبه. وفي جمع النسفي: لا ينفذ قضاؤه للمقلد، واستشهد بمن توكل بشيء ثم استقضى

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠٨١ ومسلم ٢٥١٠ والترمذي ٣٩٠٧ والنسائي في فضائل الصحابة ٢١٩ و ٢٢٣ وابن حبان ٧٢٦٥ و ٧٢٦٦ وأبو يعلى ٣٧٧٠ و ٣٢٠٨ و ٣٥١٧ والبغوي ٣٩٧٢ وأحمد ٣/ ١٧٦ . ٢٧٢ من طرق كلهم من حديث أنس مرفوعاً: «إن الأنصار كرشي وعيبتي، وإن الناس يكثرون ويقلّون، فاقبلوا من محسنهم، واعفوا عن سيئهم» وورد بلفظ آخر، وآخره مثل هذا.
وقوله: كرشي وعيبتي. أي: جماعتي وخاصتي الذين أثق بهم، وأعتمدهم في أموري.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٥٩ و ٢٣٦٠ و ٢٣٦١ و ٢٣٦٢ و ٢٧٠٨ و ٤٥٨٥ ومسلم ٢٣٥٧ والترمذي ١٣٦٣ وأبو داود ٣٦٣٧ والنسائي ٨/ ٢٤٥ وابن ماجه (١٥) و ٢٤٨٠ وابن الجارود ١٠٢١ وابن حبان (٢٤) واستدركه الحاكم ٣/ ٣٦٤ والبغوي ٢١٩٤ وأبو يعلى ٦٨١٤ والطبري في تفسيره ٥/ ١٥٩ برقم ٩٩١٣ والبيهقي ٦/ ١٥٣ وأحمد ١/ ١٦٥ و ٤/ ٤ . ٥ كلهم من حديث الزبير: «أنه خاصم رجلاً من الأنصار إلى رسول الله ﷺ في شراج الحرّة التي يسقون بها النخل، فقال الأنصاري: سرّح الماء يمرّ، فأبى عليه الزبير، فقال رسول الله ﷺ: إسقِ يا زبير، ثم أرسلْ إلى جارك، فغضب الأنصاري، فقال: يا رسول لله أن كان ابن عمتك؟ فتلوّن وجه رسول الله ﷺ، ثم قال: يا زبير إسقِ واحبس الماء حتى يرجع إلى الجدر».
«قال الزبير: فوالله إني لأحسب أن الآية نزلت في أولئك. ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم﴾ الآية».
والجدر: الحاجز الذي يحجز الماء.
وشراج الحرّة: الشرجة: المراد بها المسيل. والحرّة موضع معروف بالمدينة.

(ومن قذف عبداً أو أمة أو أم ولد أو كافراً بالزنا عزر) لأنه جناية قذف، وقد امتنع وجوب الحد لفقد الإحصان

ما فعل يوعظ استحساناً فلا يعزّر، فإن عاد وتكرر منه روي عن أبي حنيفة أنه يضرب وهذا يجب أن يكون في حقوق الله تعالى، فإن حقوق العباد لا يتمكن القاضي فيها من إسقاط التعزير. قلت: يمكن أن يكون محله ما قلت من حقوق الله تعالى ولا مناقضة، لأنه إذا كان ذا مروءة فقد حصل تعزيره بالجر إلى باب القاضي والدعوى فلا يكون مسقطاً لحق الله سبحانه وتعالى في التعزير، وقوله لا يعزّر: يعني بالضرب في أوّل مرة، فإن عاد عزره حينئذ بالضرب، ويمكن كون محمله حق آدمي من الشتم وهو ممن يكون تعزيره بما ذكرنا. وقد روى عن محمد في الرجل يشتم الناس: إذا كان له مروءة وعظ، وإن كان دون ذلك حبس، وإن كان سباباً ضرب وحبس: يعني الذي دون ذلك، والمروءة عندي في الدين والصلاح قوله: (ومن قذف عبداً أو أمة أو أم ولد أو كافراً بالزنا عزّر) بالإجماع إلا على قول داود في العبد فإنه يحد به، وقول ابن المسيب في الذمية التي لها مسلم قال: يحد به، وإنما عزر (لأنه) أي هذا الكلام (جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد على القاذف لفقد الإحصان فوجب التعزير وكذا إذا قذف مسلماً بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافر أو يا خبيث أو يا سارق) ومثله يا لص، أو يا فاجر أو يا زنديق أو يا مقبوح يا ابن القبحة يا قرطبان يا من يعمل عمل قوم لوط أو يا لوطي أو قال أنت تلعب بالصبيان يا آكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يا مأوى الزواني يا مأوى اللصوص يا منافق يا يهودي عزر هكذا مطلقاً في فتاوى قاضيخان. وذكره الناطفي وقيده بما إذا قال لرجل صالح، أما لو قال لفاسق يا فاسق أو للص يا لص أو للفاجر يا فاجر لا شيء عليه، والتعليل يفيد ذلك وهو قولنا إنه آذاه بما ألحق به من الشين، فإن ذلك إنما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذه، أما من علم فإن الشين قد ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل. وقيل في يا لوطي يسأل عن نيته إن أراد أن من قوم لوط عليه وعلى نبينا الصلاة والسلام فلا شيء عليه، وأن أراد أنه يعمل عملهم عزّر على قول أبي حنيفة وعندهما يحد، والصحيح أنه يعزّر إن كان في غضب، قلت: أو هزل ممن تعود بالهزل بالقبيح، ولو قذفه بإتيان ميتة أو بهيمة عزر. قال المصنف (إلا أنه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الأولى) وهو ما إذا قذف غير المحصن بالزنا (لأنه من جنس ما يجب به الحد) وهو الرمي بالزنا (وفي الثانية) وهو ما إذا قذفه بغير الزنا من المعاصي (الرأي إلى الإمام) قوله: (ولو قال يا حمار أو يا خنزير لم يعزّر) لأنه لم ينسبه إلى شين معصية ولم يتعلق به شين أصلاً، بل أنما ألحق الشين بنفسه حيث كان كذبه ظاهراً، ومثله يا بقر يا ثور يا حية يا تيس يا قرد يا ذئب يا حجام يا بغاء يا ولد حرام يا عيار يا ناكس يا منكوس يا سخرة يا ضحكة يا كشحان يا أبله يا ابن الحجام وأبوه ليس بحجام يا ابن الأسود وأبوه ليس كذلك يا كلب يا رستاقي يا مؤاجر يا موسوس لم يعزر. والحق ما قاله بعض أصحابنا أنه يعزّر في الكشحان إذ قيل إنه قريب من معنى القرطبان والديوث، والمراد به وبالقرطبان في العرف الرجل الذي يدخل الرجال على امرأته، ومثله في ديار مصر والشام المعرّص والقوّاد، وعدم التعزير في الكلب والخنزير ونحوهما هو ظاهر الرواية بين علمائنا الثلاثة، واختار الهندواني أنه يعزر به وهو قول الأئمة الثلاثة لأن هذه الألفاظ تذكر للشتيمة في عرفنا. وفي فتاوي قاضيخان في يا كلب لا يعزّر. قال: وعن الفقيه أبي جعفر أنه يعزّر لأنه يعد شتيمة ثم قال:

إقامته كل أحد بعلة النيابة عن الله تعالى. وقوله: (ومن قذف عبداً أو أمة ظاهر. وقوله: (في الجناية الأولى) يعني ما إذا قذف عبداً

فيقضى لموكله في تلك الحادثة لم يجز لأنه قضاء لمن ولاه ذلك وكذا نائب القاضي. قال: وقعت هذه الحادثة لقاضي القضاة المروزي فقال لي: يجب أن يجوز لأن نائبي يعمل الشرع لا لي، فقلت: هل أنت إذا بنفسك لنفسك فأنت نائب الشرع فانقطع، فالوجه لمن ابتلى بمثل هذا أن يطلب من السلطان الذي ولاه أن يولي قاضياً آخر حتى يختصما إليه فيقضى أو يحكما واحداً ا هـ. وقوله: (وقيل روي عن أبي يوسف إلى قوله جائز) أقول: قال الزاهدي في شرح القدوري في بحث التعزير بالمال ولم يذكر كيفية أخذ المال. وأرى أن يأخذها ويمسكها، فإن أيس عن توبتهم يصرفها إلى ما يرى. شط التعزير بأخذ المال كان في ابتداء الإسلام، ثم نسخ ا هـ المراد. قوله شط شرح الطحاوي قوله: (وذكر الإمام التمرتاشي) أقول: في باب الوطء الذي يوجب الحد.

فوجب التعزير (**وكذا إذا قذف مسلماً بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافر أو يا خبيث أو يا سارق**) لأنه آذاه وألحق الشين به، ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير، إلا أنه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الأولى لأنه من جنس ما يجب به الحد، وفي الثانية: الرأي إلى الإمام (**ولو قال يا حمار أو يا خنزير لم يعزّر**) لأنه ما ألحق الشين به للتيقن بنفيه. وقيل في عرفنا يعزّر لأنه يعد شيناً، وقيل إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلوية يعزّر لأنه يلحقهم الوحشة بذلك،

والصحيح أنه لا يعزّر لأنه كاذب قطعاً انتهى. وفي المبسوط: فإن العرب لا تعده شتيمة ولهذا يسمون بكلب وذئب. وذكر قاضيخان عن أمالي أبي يوسف في يا ختزير يا حمار يعزّر، ثم قال: وفي رواية لمحمد لا يعزّر، وهو الصحيح، والمصنف استحسن التعزير إذا كان المخاطب من الأشراف فتحصلت ثلاثة: المذهب وهو ظاهر الرواية لا يعزّر مطلقاً، ومختار الهندواني يعزر مطلقاً. والمفصل بين كون المخاطب من الأشراف فيعزر قائله أو لا فلا، ويعزر في مقامر وفي قذر، قيل وفي بليد وأنا أظن أنه يشبه يا أبله ولم يعزّروا به قوله: (**أكثره تسعة وثلاثون سوطاً**) عند أبي حنيفة (**ومحمد وقال أبو يوسف يبلغ به خمسة وسبعين سوطاً. والأصل**) في نقصه عن المحدود قوله: (**عليه الصلاة والسلام «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين»**)[1] ذكر البيهقي أن المحفوظ أنه مرسل، وأخرجه عن خاله[2] الوليد عن النعمان بن بشير، ورواه ابن ناجية في فوائده: حدثنا محمد بن حصين الأصبحي، حدثنا عمر بن علي المقدمي، حدثنا مسعر عن خاله الوليد بن عبد الرحمن عن النعمان بن بشير قال: قال رسول الله ﷺ «من بلغ» الحديث. ورواه محمد بن الحسن الآثار مرسلاً فقال: أخبرنا مسعر بن كدام قال: أخبرني أبو الوليد[3] بن عثمان[4] عن الضحاك بن مزاحم قال: قال رسول الله ﷺ «من بلغ» الحديث، والمرسل عندنا حجة موجبة للعمل وعند أكثر أهل العلم، وإذا لزم أن لا يبلغ به حداً فأبو حنيفة ومحمد نظرا إلى صرافة عموم النكرة في النفي فصرفاه إليه فنحاه عن حد الأرقاء لأن الأربعين يصدق عليها حد فلا يبلغ إليهما بالنص المذكور، خصوصاً والمحل محل احتياط في الدرء (**وأبو يوسف اعتبر أقل حدود الأحرار لأن الأصل الحرية ثم نقص سوطاً في رواية**) هشام عنه (**وهو قول زفر وهو القياس**) لأنه يصدق عليه قولنا ليس حداً فيكون من أفراد المسكوت عن النهي عنه، وفي ظاهر الرواية عنه خمسة وسبعون. قيل وليس فيه معنى

أو أمة أو أم ولد بالزنا (**لأنه**) أي القذف بالزنا (**من جنس ما يجب فيه الحد**) وقوله: (**في الثانية**) يعني قوله يا فاسق الخ. وقوله: (**لأنه ما ألحق الشين به للتيقن بنفيه**) قيل بل يلحق الشين بالقاذف لأن كل أحد يعلم أنه آدمي، وأن القاذف كاذب، وقوله ﷺ «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين» نقل بتخفيف بلغ من البلوغ وهو السماع. وأما ما يجري على ألسنة الفقهاء من التثقيل إن صح فعلى حذف المفعول الأول، والتقدير من بلغ التعزير حداً في غير حد، وفيه نبوة تعرف بالتأمل الصحيح، وأرى أن يكون تقديره من بلغ الضرب حداً في غير حد فهو من المعتدين (**فإذا تعذر تبليغه حداً فأبو حنيفة ومحمد نظرا إلى أدنى الحد**) وهو حد العبد في القذف (**فصرفاه إليه وذلك أربعون فنقصا منه سوطاً**) وهذا حق لأن من اعتبر حد الأحرار فقد بلغ حداً وهو حد العبد، والتنكير في الحديث ينافيه. ووجه نقصان السوط الواحد في المذهبين جميعاً هو أن البلوغ إلى تمام الحد تعذر وليس بعده قدر معين كربع أو ثلث أو عشر فيصار إلى أقل ما يمكن للتيقين به نظيره وقت الصلاة، فإن الكل لما لم يمكن أن يكون سبباً وليس بعده جزء معين صير إلى أقل ما يمكن وهو الجزء الذي لا يتجزأ، وكلامه واضح. وقوله: (**فيقرب اللمس والقبلة من حد**

---

(١) مرسل. أخرجه البيهقي ٨/ ٣٢٧ وابن ناجية في فوائده كما في نصب الراية ٣/ ٣٥٤ كلاهما من طريق مسعر عن خاله الوليد بن عبد الرحمن عن النعمان بن بشير مرفوعاً،

وقال البيهقي: والمحفوظ مرسل. ثم أسنده عن الضحاك عن النبي ﷺ مرسلاً. لأن الضحاك تابعي، وهو ابن مزاحم مفسر مشهور.

ومن هذا الوجه رواه محمد في الآثار كما في نصب الراية ٣/ ٣٥٤ عن الضحاك مرسلاً.

(٢) وقع في الأصل: خالد بن الوليد. وصوابه: خاله الوليد. كما ذكرت، والتصحيح من سنن البيهقي.

(٣) بهامش نسخة العلامة البحراوي: الذي في نسخ التخريج «الوليد» بحذف لفظ «أبو» فليحرر كتبه مصححه.

(٤) صوابه: الوليد بن عثمان كما في نصب الراية ٣/ ٣٥٤ وفي الدراية ٢/ ١٠٧: الوليد. لم يذكر اسم أبيه.

وإن كان من العامة لا يعزّر، وهذا أحسن. والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطاً وأقله ثلاث جلدات. وقال أبو يوسف: يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطاً» والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين» وإذا تعذر تبليغه حداً فأبو حنيفة ومحمد نظرا إلى أدنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه إليه وذلك أربعون سوطاً فنقصا منه سوطاً. وأبو يوسف اعتبر أقل الحد في الأحرار إذ الأصل هو الحرية ثم نقص سوطاً في رواية عنه، وهو قول زفر وهو القياس، وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو مأثور عن عليّ فقلده، ثم قدر الأدنى في الكتاب بثلاث جلدات لأن ما دونها لا يقع به الزجر. وذكر مشايخنا أن أدناه على ما يراه الإمام فيقدر بقدر ما يعلم أنه ينزجر لأنه يختلف باختلاف الناس. وعن أبي يوسف أنه على قدر عظم الجرم وصغره، وعنه أنه يقرب كل نوع من بابه؛ فيقرب المس

معقول. وذكر أن سبب اختلاف الرواية عنه أنه أمر في تعزير رجل بتسعة وسبعين، وكان يعقد لكل خمسة عقداً بأصابعه فعقد خمسة عشر ولم يعقد للأربعة الأخير لنقصانها عن الخمسة فظن الذي كان عنده أنه أمر بخمسة وسبعين، وإنما أمر بتسعة وسبعين، قال: وروى مثله عن عمر: يعني خمسة وسبعين وليس بصحيح [1]. ونقل عن أبي الليث قال: قيل إن أبا يوسف أخذ النصف من حد الأحرار وأكثره مائة، والنصف من حد العبيد وأكثره خمسون فتحصل خمسة وسبعون.

ومنع صحة اعتبار هذا الأخذ وهو لا يضره بعد أن أثره عن عليّ كما ذكر في الكتاب من أنه قلد علياً فيه، وكونه لا يعقل يؤكده، إذ الغرض أن ما لا يدرك بالرأي يجب تقليد الصحابي فيه، وإنما يتم جوابه بمنع ثبوته عن علي كما قال أهل الحديث أنه غريب [2]، ونقله البغوي في شرح السنة عن ابن أبي ليلى، وبقولنا قال الشافعي في الحرّ، وقال في العبد تسعة عشر لأن حد العبد في الخمر عنده عشرون وفي الأحرار أربعون. وقال مالك: لا حد لأكثره، فيجوز للإمام أن يزيد في التعزير على الحد إذا رأى المصلحة في ذلك مجانباً لهوى النفس؛ لما روى أن معن بن زائدة عمل خاتماً على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به لصاحب بيت المال فأخذ منه مالاً، فبلغ عمر ذلك فضربه مائة وحبسه، فكلم فيه فضربه مائة أخرى، فكلم فيه فضربه مائة ونفاه. وروى الإمام أحمد بإسناده أن علياً أتى بالنجاشي الشاعر قد شرب خمراً في رمضان فضربه ثمانين للشرب وعشرين سوطاً لفطره في رمضان [3]. ولنا الحديث المذكور، ولأن العقوبة على قدر الجناية فلا يجوز أن يبلغ بما هو أهون من الزنا فوق ما فرض بالزنا، وحديث معن يحتمل أن له ذنوباً كثيرة أو كان ذنبه يشتمل كثرة منها لتزويره وأخذه مال بيت المال بغير حقه وفتحه باب هذه الحيلة ممن كانت نفسه عارية عن استشرافها، وحديث النجاشي ظاهر أن لا احتجاج فيه، فإنه نص على أن ضربه العشرين فوق الثمانين لفطره في رمضان، وقد نصت على أنه لهذا المعنى أيضاً الرواية الأخرى القائلة إن علياً أتى بالنجاشي الشاعر وقد شرب الخمر في

. . . .

قوله: (والتقدير من بلغ التعزير الخ) أقول: هو كلام صاحب النهاية قوله: (فصرفاه إليه وذلك أربعون الخ) أقول: للتيقن قال الإتقاني: قوله فصرفاه إليه: أي صرف أبو حنيفة ومحمد التعزير إلى أدنى الحد فنقصا منه سوطاً اهـ. والأوجه أن يقال: أي فصرفا الحد المذكور في الحديث إلى أدنى الحد قوله: (والتنكير في الحديث ينافيه) أقول: المطلق قد ينصرف إلى الكامل كما بين في علم الأصول، فقوله والتنكير ينافيه ممنوع.

---

(١) غير صحيح كما ذكر المصنف ابن الهمام، وإنما هو عن ابن أبي ليلى وهو الآتي.

(٢) مقطوع. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٥٤: قول صاحب الهداية المأثور عن علي: أي خمسة وعشرين سوطاً. غريب. وإنما ذكره البغوي في شرح السنة عن ابن أبي ليلى اهـ.

ووافقه ابن حجر في الدراية ٢/ ١٠٧ اهـ.

وابن أبي ليلى قاض مشهور من قضاة الإسلام، وهو تابعي لقي الكثير من الصحابة.

(٣) هو الآتي.

. . . .

رمضان فضربه ثمانين ثم ضربه من الغد عشرين، وقال: ضربناك العشرين بجرأتك على الله تعالى وإفطارك في رمضان[١]، فأين الزيادة في التعزير على الحد في هذا الحديث، وعن أحمد لا يزاد على عشرة أسواط، وعليه حمل بعض أصحاب الشافعي مذهب الشافعي لما اشتهر عنه من قوله: إذا صح الحديث فهو مذهبي، وقد صح عنه عليه الصلاة والسلام في الصحيحين وغيرهما من حديث أبي بردة أنه قال «لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله»[٢] وأجاب أصحابنا عنه وبعض الثقات بأنه منسوخ بدليل عمل الصحابة بخلافه من غير إنكار أحد[٣]. وكتب عمر إلى أبي موسى رضي الله عنهما أن لا تبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطاً، ويروى ثلاثين إلى الأربعين. وبما ذكرنا من تقدير أكثره بتسعة وثلاثين يعرف أن ما ذكر مما تقدم من أنه ليس في التعزير شيء مقدر بل مفوض إلى رأي الإمام: أي من أنواعه، فإنه يكون بالضرب وبغيره مما تقدم ذكره، أما إن اقتضى رأيه الضرب في خصوص الواقعة فإنه حينئذ لا يزيد على تسعة وثلاثين قوله: (ثم قدر الأدنى في الكتاب) يعني القدوري (بثلاث جلدات، لأن ما دونها لا يقع به الزجر، وذكر مشايخنا أن أدناه على ما يراه الإمام بقدر ما يعلم أنه ينزجر به لأنه يختلف باختلاف الناس) وجه مخالفة هذا الكلام لقول القدوري إنه لو رأى أنه ينزجر بسوط واحد اكتفى به، وبه صرح في الخلاصة فقال: واختيار التعزير إلى القاضي من واحد إلى تسعة وثلاثين ومقتضى قول القدوري إنه إذا وجب العزير بنوع الضرب فرأى الإمام أن هذا الرجل ينزجر بسوط واحد يكمل له ثلاثة، لأنه حيث وجب التعزير بالضرب فأقل ما يلزم أقله إذ ليس وراء الأقل شيء وأقله ثلاثة، ثم يقتضي أنه لو رأى أنه إنما ينزجر بعشرين كانت العشرون أقل ما يجب تعزيره به فلا يجوز نقصه عنه. فلو رأى أنه لا ينزجر بأقل من تسعة وثلاثين كان على هذا أكثر التعزير فإنه أقل ما يجب منه في ذلك الرجل وتبقى فائدة تقدير أكثره بتسعة وثلاثين أنه لو رأى أنه لا ينزجر إلا بأكثر من تسعة وثلاثين لا يبلغ قدر ذلك ويضربه الأكثر فقط. نعم يبدل ذلك القدر بنوع آخر وهو الحبس مثلاً قوله: (وعن أبي يوسف أنه على قدر عظم الجرم وصغره) واحتمال المضروب وعدم احتماله (وعنه أنه يقرب كل نوع) من أسباب التعزير (من بابه) فيقرب بالمس والقبلة للأجنبية والوطء فيما دون الفرج من حد الزنا والرمي بغير الزنا من المعاصي من حد القذف، وكذا السكر من غير الخمر من شرب الخمر

الزنا) يعني فيكون فيه أكثر الجلدات. وقوله: **(والقذف بغير الزنا من حد القذف)** يعني فيكون فيه أقل الجلدات. وقوله: **(لأنه)** يعني الحبس **(صلح تعزيراً)** وقوله: **(وقد ورد الشرع به)** أي بالحبس وهو ما روى «أنه ﷺ حبس رجلاً للتعزير» وقوله: **(ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة)** لإيضاح أن الحبس يصلح للتعزير فيما يجب فيه التعزير: أي لم يشرع الحبس بسبب التهمة في الشيء الذي يوجب التعزير لو ثبت قبل ثبوته بأن شهد شاهدان مستوران على أنه قذف محصناً فقال يا فاسق أو يا كافر فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود. وفي فصل الحد يحبس بالتهمة لأن في باب الحد شيئاً آخر فوق الحبس وهو إقامة الحد عند وجود موجبه

---

(١) موقوف حسن. أخرجه الطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١٥٣ عن الثوري عن عطاء بن أبي مروان عن أبيه فذكره. ورواه عن الثوري عن أبي مصعب عن أبيه فذكره بنحوه، وهذه متابعة حسنة، فالخبر إسناده حسن. ونسبه المصنف لأحمد ولعله في كتاب الأشربة، وهو غير مسنده المشهور.

(٢) رواه الجماعة تقدم قبل قليل في أول هذا الفصل.

(٣) جاء في شرح النووي على مسلم ١١/ ٢٢١. ٢٢٢ ما ملخصه: قال أحمد: وأشهب المالكي، وبعض أصحابنا لا تجوز الزيادة على عشرة أسواط. وذهب الجمهور من الصحابة، والتابعين إلى جواز الزيادة، ثم اختلفوا فقال مالك وأصحابه وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور والطحاوي: مفوض ذلك إلى الإمام، وله أن يزيد على قدر الحدود لأن عمر ضرب من نقش على خاتمه مائة، وضرب صبياً أكثر من الحد.

وقال أبو حنيفة: لا يبلغ به أربعين.

وقال ابن أبي ليلى: خمسة وسبعون، وهي رواية عن مالك وأبي يوسف.

وقال الشافعي وجمهور أصحابه: لا يبلغ بتعزير العبد عشرين، ولا بالحر أربعين اهـ باختصار كلام النووي.

ومن هنا تعلم صحة ما ذهب إليه المصنف من كون الحديث منسوخاً، أو نحو ذلك والله أعلم.

والقبلة من حد الزنا، والقذف بغير الزنا من حد القذف. قال: (**وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل**) لأنه صلح تعزيراً وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز أن يكتفي به فجاز أن يضم إليه، ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لأنه من التعزير. قال: (**وأشد الضرب التعزير**) لأنه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كي لا يؤدي إلى فوات المقصود، ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء قال (**ثم حد الزنا**) لأنه ثابت بالكتاب، وحد الشرب ثبت بقول الصحابة، ولأنه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم (**ثم حد الشرب**) لأن سببه متيقن به (**ثم حد القذف**) لأن سببه محتمل لاحتمال كونه صادقاً ولأنه جرى فيه

قيل: معناه يعزّر في اللمس الحرام والقبلة أكثر جلدات التعزير، ويعزر في قوله نحو يا كافر ويا خبيث أقل جلدات التعزير، لكن في فتاوى قاضيخان أن أسباب التعزير إن كان من جنس ما يجب به حد القذف يبلغ أقصى التعزير، وإن كان من جنس ما لا يجب به القذف لا يجب أقصاه فيكون مفوضاً إلى رأي الإمام قوله: (**وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل**) وذلك بأن يرى أن أكثر الضرب في التعزير وهو تسعة وثلاثون لا ينزجر بها أو هو في شك من انزجاره بها يضم إليه الحبس (**لأن الحبس صلح تعزيراً**) بانفراده حتى لو رأى الإمام أن لا يضربه ويحبسه أياماً عقوبة له فعل، ذكره في الفتاوى وغيرها، وهو قول المصنف حتى جاز أن يكتفي به (**وقد ورد به الشرع في الجملة**) وهو ما سلف من أنه عليه الصلاة والسلام حبس رجلاً في تهمة (**فجاز أن يضمه**) إذا شك في انزجاره بدونه قوله: (**ولهذا**) أي ولأن الحبس بمفرده يقع تعزيراً تاماً (**لم يشرع بالتهمة قبل ثبوته**) أي لم يشرع الحبس بتهمة ما يوجب التعزير حتى لو ادعى رجل على آخر شتيمة فاحشة أو أنه ضربه وأقام شهوداً لا يحبس قبل أن يسأل عن الشهود ويحبس في الحدود، وهذا لأنه إذا عدلت الشهود كان الحبس تمام موجب ما شهدوا به، فلو حبس قبله لزم إعطاء حكم السبب له قبل ثبوته، بخلاف الحد، لأنه إذا شهدوا بموجبه ولم يعدلوا حبس، لأنه إذا ثبت سببه بالتعديل كان الواجب به شيئاً آخر غير الحبس فيحبس تعزيراً للتهمة قوله: (**وأشد الضرب التعزير لأنه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كي لا يؤدي إلى فوات المقصود**) من الأخبار (**ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء**) لجريان التخفيف فيه من حيث العدد. وذكر في المحيط أن محمداً ذكر في حدود الأصل أن التعزير يفرق على الأعضاء. وذكر في أشربة الأصل يضرب التعزير في موضع واحد، وليس في المسئلة روايتان بل موضوع ما ذكر في الحدود إذا وجب تبليغ التعزير إلى أقصى غاياته بأن أصاب من الأجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الإخراج، وإذا بلغ غاية التعزير فرق على الأعضاء وإلا أفسد العضو لموالاة الضرب الشديد الكثير عليه. وموضوع ما في الأشربة ما إذا عزر أدنى التعزير كثلاثة ونحوها، وإذا حد عدداً يسيرا فالإقامة في موضع واحد لا تفسده، وتفريقها أيضاً لا يحصل منه مقصود الانزجار فيجمع في محل واحد، وعلى هذا فمعنى شدة الضرب قوته لا جمعه في عضو واحد كما قيل إذا صح أنه لايجمع في عضو واحد مطلقاً (**ثم حد الزنا**) يلي التعزير في الشدة (**لأنه ثابت بالكتاب وأعظم جناية حتى شرع فيه الرجم**) وهو إتلاف النفس بالكلية (**ثم حد الشرب**) لأنه ثبت بإجماع الصحابة لكن لا يتلى في

فيجوز أن يحبس في تهمته لتناسب إقامة العقوبة الأدنى بمقابلة الذنب الأدنى. وفي باب الأموال والتعزير لا يحبس بالتهمة لأن الأقصى فيهما عقوبة الحبس، فلو حبسا بالتهمة فيهما لكان إقامة العقوبة الأعلى بمقابلة الذنب الأدنى وهو مما يأباه الشرع، ولما لم يشرع الحبس عند تهمة موجب التعزير علم أن الحبس من التعزير، إذ لو لم يكن الحبس من التعزير لحبس عند تهمة موجب التعزير كما يحبس عند تهمة موجب الزنا فلما كان الحبس من التعزير بهذا الدليل جاز للإمام أن يضمه إلى الضرب إن رأى ذلك، كما إن للإمام الرأي في تقدير الضربات فكذلك في ضم الحبس إلى الضرب. قال: وأشد الضرب التعزير. قال الحاكم في الكافي: وضرب التعزير أشد من ضرب الزاني، وضرب الزاني أشد من ضرب الشارب، وضرب الشارب أشد من ضرب القاذف، وضرب القاذف أخف من جميع ذلك، وإنما كان ضرب التعزير أشد لأنه ناقص المقدار وهو تخفيف (**فلا يخفف ثانياً وصفه كي لا**

التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف (**ومن حدّه الإمام أو عزّره فمات فدمه هدر**) لأنه فعل ما فعل بأمر الشرع، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ، بخلاف الزوج إذا عزّر زوجته لأنه مطلق فيه، والإطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق. وقال الشافعي: تجب الدية في بيت المال لأن الإتلاف خطأ فيه،

القرآن، وفي زمنه عليه الصلاة والسلام كان غير مقدر على ما تقدم (**ولأن سببه متيقن**) فيكون سببيته لا شبهة فيها، والمراد أن الشرب متيقن السببية للحد لا متيقن الثبوت لأنه بالبينة أو الإقرار وهما لا يوجبان اليقين. فإن قيل: يفيد أنه شرعا بمعنى أن عندهما يستيقن لزوم الحد أو أن الثابت بهما كالثابت بالمعاينة. قلنا: كذلك القذف يثبت بالبينة أو الإقرار فلا يقع فرق حينئذ بينهما، بخلاف القذف لأن سببه باعتبار كونه فرية وبالبينة لا يتيقن بذلك لجواز صدقه فيما نسبه إليه (**ولأنه جرى فيه التغليظ برد الشهادة فلا يغلظ**) مرة أخرى (**من حيث الوصف**) وهو شدّة الضرب، ولأن الشرب ينتظم القذف كما قال عليّ رضي الله عنه: إذا شرب هذي وإذا هذي افترى فيجتمع على الشارب حد الشرب والقذف فيزداد العدد نظراً إلى المظنة فلا يغلظ بالشدة، فأشدها التعزير وأخفها حد القذف. وعند أحمد أشد الضرب حد الزنا ثم حد القذف ثم التعزير. وقال مالك: الكل سواء لأن المقصود من الكل واحد. ثم ذكر في المبسوط بأنه يحد ويعزر في إزار واحد. وفي فتاوى قاضيخان: يضرب في التعزير قائماً عليه ثيابه، وينزع الحشو والفرو ولا يمد في التعزير قوله: (**ومن حده الإمام أو عزّره فمات فدمه هدر**) وهو قول مالك وأحمد. وقال الشافعي رحمه الله: يضمن ثم في قول تجب الدية في بيت المال لأن نفع عمله يرجع إلى عامة المسلمين فيكون الغرم الذي يلحقه بسبب عمله لهم عليهم، وفي قول على عاقله الإمام لأن أصل التعزير غير واجب عليه، ولو وجب فالضرب غير متعين في التعزير فيكون فعله مباحاً فيتقيد بشرط السلامة ولم يسلم فيجب على عاقلته، وهذا يخص التعزير ونحن نقول: إن الإمام مأمور بالحد والتعزير عند عدم ظهور الانزجار له في التعزير بحق الله تعالى (**وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كما في الفصاد**) لأنه لا بد له من الفعل وإلا عوقب، والسلامة خارجة عن وسعه، إذ الذي في وسعه أن لا يتعرض لسببها القريب، وهو بين أن يبالغ في التخفيف فلا يسقط الوجوب به عنه، أو يفعل ما يقع زاجراً وهو ما هو مؤلم زاجر، وقد يتفق أن يموت الإنسان فلا يتصور الأمر بالضرب المؤلم الزاجر مع اشتراط السلامة عليه، بخلاف المباحات فإنها رفع الجناح في الفعل وإطلاقه، وهو مخير فيه بعد ذلك غير ملزم به فصح تقييده بشرط السلامة كالمرور في الطريق والاصطياد ولهذا يضمن إذا عزّر امرأته فماتت لأنه مباح ومنفعته ترجع إليه كما ترجع إلى المرأة من وجه آخر وهو استقامتها على ما أمر الله به. وذكر الحاكم أنه لا يضرب امرأته على ترك الصلاة ويضرب ابنه، وكذا المعلم إذا أدّب الصبي فمات منه يضمن عندنا والشافعي، أما لو جامع زوجته فماتت أو أفضاها لا يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف ذكره في المحيط مع أنه مباح فيتقيد بشرط السلامة لأنه ضمن المهر بذلك الجماع؛ فلو وجبت الدية وجب ضمانان بمضمون واحد.

يؤدي إلى تفويت المقصود) وهو الزجر. واختلف المشايخ في شدته، قال في شرح الطحاوي: قال بعضهم: هو الجمع في عضو واحد بجمع الأسواط بعضو واحد ولا يفرق على الأعضاء. بخلاف سائر الحدود. وقال بعضهم: لا بل شدته في الضرب لا في الجمع، ويدل على ذلك ما روى أبو عبيدة وغيره أن رجلاً أقسم على أم سلمة رضي الله عنها فضربه عمر رضي الله عنه ثلاثين سوطاً كلها يبضع ويحدر: أي يشق ويورم. ومعلوم أن عمر رضي الله عنه ضربه بطريق التعزير، ولعل المصنف رحمه الله اختاره يشير إليه قوله ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء، فلو كان الشدة عبارة عن عدم التفريق لزم توضيح الشيء بنفسه. وقوله: (ثم حد الزنا) ظاهر. وقوله: (ومن حده الإمام أو عزره فمات فدمه هدر) ذكر مسئلتين: إحداهما مبنية على الأمر وهو لا

قال المصنف: (ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء) أقول: قال صاحب الكافي في حدود الأصل: يفرق التعزير على الأعضاء. وفي أشربة الأصل يضرب التعزير في موضع واحد، وليس في المسئلة اختلاف الروايتين، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع. فموضوع الأول إذا بلغ التعزير أقصاه بأن أصاب من الأجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل

إذ التعزير للتأديب غير أنه تجب الدية في بيت المال لأن نفع عمله يرجع إلى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم. قلنا لما استوفى حق الله تعالى بأمره صار كأن الله أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان.

[تتمة] الأولى للإنسان فيما إذا قيل له ما يوجب التعزير أن لا يجيبه، قالوا: لو قال له يا خبيث الأحسن أن يكف عنه، ولو رفع إلى القاضي ليؤدبه يجوز، ولو أجاب مع هذا فقال بل أنت لا بأس، وإذا أساء العبد الأدب حل لمولاه تأديبه وكذا الزوجة. وفي فتاوى القاضي: من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن إلى أن يظهر التوبة، وفيها عن أبي يوسف: إذا كان يبيع الخمر ويشتري ويترك الصلاة يحبس ويؤدب ثم يخرج، والساحر إذا ادعى أنه يخلق ما يفعل إن تاب وتبرأ وقال: الله تعالى خالق كل شيء قبلت توبته، وإن لم يتب يقتل وكذا الساحرة تقتل بردتها، وإن كانت المرتدة لا تقتل عندنا، لكن الساحرة تقتل بالأثر، وهو ما روي عن عمر أنه كتب إلى عماله اقتلوا الساحر والساحرة، زاد في فتاوى قاضيخان. وإن كان يستعمل السحر ويجحد ولا يدري كيف يقول فإن هذا الساحر يقتل إذا أخذ وثبت ذلك منه ولا تقبل توبته. وفي الفتاوى: رجل يتخذ لعبة للناس ويفرق بين المرء وزوجه بتلك اللعبة فهذا سحر ويحكم بارتداده ويقتل. قال في الخلاصة: هكذا ذكره القاضي مطلقا، وهو محمول على ما إذا كان يعتقد أن له أثرا انتهى. وعلى هذا التقدير فلم يذكر حكم هذا الرجل، وعلى هذا التقدير: أعني عدم الحكم بارتداده فينبغي أن يكون حكمه أن يضرب ويحبس حتى يحدث توبة. وهل تحل الكتابة بما علم أن فلاناً يتعاطى من المناكير لأبيه؟ قالوا: إن وقع في قلبه أن أباه يقدر أن يغير على ابنه يحل له أن يكتب إليه، وإن لم يقع في قلبه لا يكتب، وكذا بين الرجل وزوجته وبين السلطان والرعية، ويعزّر من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شبه الشرب وإن لم يشربوا ومن معه ركوة خمر، والمفطر في نهار رمضان يعزّر ويحبس، والمسلم الذي يبيع الخمر أو يأكل الربا يعزّر ويحبس، وكذا المغني والمخنث والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة، وكذا المسلم إذا شتم الذمي يعزّر لأنه ارتكب معصية، ومن يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن إلى أن تظهر التوبة، وكذا يسجن من قبل أجنبية أو عانقها أو مسها بشهوة، والله أعلم.

يقتضي السلامة في إتيان المأمور به، والأخرى على الإطلاق وهو نقيضها. والفرق بينهما أن الأمر لطلب المأمور به وهو من الإثباتات وهي لا تقبل التعليق بالشرط لأنه حينئذ يشبه القمار، ولأنه لما وجب على المأمور ذلك الفعل بالأمر فيأتي المأمور بما في وسعه غير مراقب للسلامة لأنه قد لا يتحقق بوصف السلامة فيبقى المأمور في ضرب الوجوب، وأما الإطلاق فإسقاط لكونه رفع القيد وهو قابل للتعليق فيتقيد بوصف السلامة، ولأن الفعل المطلق في اختيار فاعله لأنه حق الفاعل إن شاء فعل وإن شاء لم يفعل فينبغي أن يتقيد بوصف السلامة لأنه لا ضرورة في ترك وصف السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي في التعزير: **(تجب الدية في بيت المال لأن الإتلاف خطأ فيه إذ التعزير للتأديب، غير أنه تجب الدية في بيت المال لأن نفع عمله يعود إلى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم. قلنا: إنه لما استوفى حق الله تعالى بأمره صار كأن الله تعالى أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان)** والله أعلم.

الإخراج. وموضوع الثاني إذا لم يبلغ أقصاه بأن كان فيما عدا هذين الموضعين اهـ. وفي فتاوى الإمام التمرتاشي في التعزير: لا يفرق الضربات لأنه قليل، ولو فرق لم يقع به الزجر ويضرب على الظهر أو على الإلية. وفي المنتقى: قالوا هذا في أدنى التعزير وهو ضرب سوط أو سوطين أو ثلاثة أسواط، وأما في أقصاه فيفرق اهـ قال المصنف: **(ومن حده الإمام أو عزره فمات فدمه هدر)** أقول: يقال ذهب دمه هدراً، أي باطلاً. واعلم أن هذا ينبغي أن يكون قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فقط لما مر في باب الشهادة على الزنا من أنهما غرما بيت المال لو مات من الجلد قال المصنف: **(في بيت المال)** أقول: وفي قول آخر في ماله كما سبق في باب الشهادة على الزنا قال المصنف: **(من غير واسطة)** أقول: أي من غير واسطة جلد الجلاد فلا يكون الإتلاف خطأ منه قوله: **(وأما الإطلاق فإسقاط)** أقول: الإطلاق رفع القيد.

كتاب السرقة

السرقة في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار، ومنه استراق السمع، قال الله تعالى: ﴿إلا من استرق السمع﴾ وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه إن شاء الله تعالى. والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء أو ابتداء لا غير، كما إذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار.

كتاب السرقة

لما كان المقصود من الحدود الانزجار عن أسبابها بسبب ما اشتملت عليه من المفاسد روعي في ترتيبها في التعليم ترتب أسبابها في المفاسد، فما كانت مفسدته أعظم يقدم على ما هو أخف لأن تعليمه وتعلمه أهم. وأعظم المفاسد ما يؤدي إلى فوات النفس وهو الزنا لما تقدم من وجه كونه قتلا معنى. ويليه ما يؤدي إلى فوات العقل وهو الشرب لأنه كفوات النفس من حيث أن عديم العقل لا ينتفع بنفسه كعديم النفس. ويليه ما يؤدي إلى إفساد العرض وهو القذف فإنه أمر خارج عن الذات يؤثر فيها ويلزق أمراً قبيحاً، ويليه ما يؤدي إلى إتلاف المال فإنه الأمر المخلوق وقاية للنفس والعرض فكان آخراً فأخره. وللسرقة تفسير لغة وهو ما ذكر في الكتاب، وهو أخذ الشيء من الغير على وجه الخفية، ومنه استراق السمع وهو أن يستمع مستخفياً. وفي الشريعة هي هذا أيضاً، وإنما زيد على مفهومها قيود في إناطة حكم شرعي بها، إذ لا شك أن أخذ أقل من النصاب خفية سرقة شرعاً لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع فهي شروط لثبوت ذلك الحكم الشرعي، فإذا قيل السرقة الشرعية الأخذ خفية مع كذا وكذا لا يحسن، بل السرقة التي علق بها الشرع وجوب القطع هي أخذ العاقل البالغ عشرة دراهم أو مقدارها خفية عمن هو متصد للحفظ مما لا يتسارع إليه الفساد من المال المتموّل للغير من حرز بلا شبهة، وتعمم الشبهة في التأويل قيل: فلا يقطع السارق من السارق ولا أحد الزوجين من الآخر أو ذي الرحم الكاملة، والنقل خلاف الأصل لا يصار إليه حتى يتعين بما لا مرد له كالصلاة على ما هو المذهب المختار عند الأصوليين، وما قيل هي في مفهومها اللغوي والزيادات شروط غير مرضي، والقطع بأنها للأفعال والقراءة عندنا ولو بغير الفاتحة فكيف يقال إنها في الشرع للدعاء والأفعال شرط قبوله؛ والفرض أنه لا يتبادر

كتاب السرقة

لما فرغ من ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة النفوس شرع في ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة الأموال، لأن صيانة النفس أقدم من صيانة المال، والسرقة في اللغة عبارة عما ذكر في الكتاب، وقوله تعالى ﴿إلا من استرق السمع﴾ معناه استمع إليه على وجه الخفية. وقوله: (وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة) هي أن يقال: السرقة أخذ مال الغير على سبيل الخفية نصاباً محرزاً للتمول غير متسارع إليه الفساد من غير تأويل ولا شبهة (والمعنى اللغوي) وهو أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار أمر (مراعى فيها) قال صاحب النهاية: اعلم أن ما نقله الشارع إلينا على ثلاثة أقسام: أحدها ما هو المقرور على ما أنبأنا به اللغة من غير تغيير كقوله تعالى ﴿وجاء إخوة يوسف﴾ ﴿ولما جهزهم بجهازهم﴾ والثاني ما هو المعدول عما أنبأنا به اللغة من كل وجه كالصلاة والزكاة والصوم، فإن الصلاة شرعاً عبارة عن الأركان المعهودة وليس لها إنباء لغوي وكذلك في غيرها. والثالث ما أنبأنا

كتاب السرقة

قوله: (لما فرغ من ذكر المزاجر المتعلقة بصيانة النفوس) أقول: أراد بصيانة النفوس ما يشمل صيانة العقول والأعراض أيضاً، فإن الأول صيانة جزئها، والثاني صيانة ما يتصل بها فإنه صيانة ماء الوجه قوله: (لأن صيانة النفس أقدم من صيانة المال) أقول: لأن المال وقاية النفس، فإن الله تعالى خلق لكم ما في الأرض جميعاً ـ وقال الشاعر:

أصون عرضي بمالي لا أدنسه ... لا بارك الله بعد العرض في المال

قوله: (وقوله وقد زيدت عليه، إلى قوله: أن يقال السرقة الخ) أقول: هنا نوع مسامحة في العبارة قوله: (السرقة أخذ مال الغير الخ) أقول:

وفي الكبرى: أعني قطع الطريق مسارقة عين الإمام لأنه هو المتصدي لحفظ الطريق بأعوانه. وفي الصغرى: مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه، قال: (وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع) والأصل فيه قوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ الآية ولا بد من اعتبار

الدعاء قط، هذا وسيأتي في السارق من السارق خلاف قوله: (والمعنى اللغوي) يعني الخفية (مراعى فيها إما ابتداء وانتهاء) وذلك في سرقة النهار في المصر (أو ابتداء لا غير) وهي في سرقة الليل، فلذا إذا دخل البيت ليلاً خفية ثم أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة ممن في يده قطع به للاكتفاء بالخفية الأولى، وإذا كابره في المصر نهاراً وأخذ ماله لا يقطع استحساناً وإن كان دخل خفية، والقياس كذلك في الليل، لكن يقطع إذ غالب السرقات في الليل تصير مغالبة إذ قليلاً ما يختفي في الدخول والأخذ بالكلية، وعليه فرع إذا كان صاحب الدار يعلم دخوله واللص لا يعلم كونه فيها أو يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلن دخوله أو كانا لا يعلمان قطع، ولو علما لا يقطع. ولما كانت السرقة تشمل الصغرى والكبرى والخفية المعتبرة في الصغرى هي الخفية عن عين المالك أو من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن كانت الخفية معتبرة في الكبرى مسارقة عين الإمام ومنعة المسلمين الملتزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم وركنها نفس الأخذ المذكور. وأما شرط ثبوت الحكم ومنها تفصيل النصاب فيأتي في أثناء المسائل قوله: (وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع، والأصل في وجوب القطع قوله تعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة ٣٨] الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لأن الجناية لا تتحقق دونهما) لأنها بالمخالفة والمخالفة فرع تعلق الخطاب قوله: (ولا بد من التقدير بالمال الخطير) اختلف في أنه هل يقطع بكل مقدار من المال أو لا بد من مقدار معين لا يقطع في أقل منه، فقال بالأول الحسن البصري وداود والخوارج وابن بنت الشافعي لإطلاق الآية ولقوله عليه الصلاة والسلام «لعن الله السارق يسرق

به اللغة مقرر مع زيادة شيء فيه شرعاً كالسرقة على ما ذكرناه، وفيه نظر لأن الصلاة في اللغة الدعاء وهي مقررة في الشرع مع زيادة أوصاف، وكذلك الصوم هو الإمساك والزكاة هو النماء والحج هو القصد، والمعاني اللغوية في كل ذلك موجودة مع زيادة أوصاف، ويمكن أن يجاب عنه بأنه نظر على المثال وهو ليس بصحيح عند المحصلين وقوله: (كما إذا نقب الجدار على الاستسرار) نظير ما يكون معناه اللغوي موجوداً فيه ابتداء وترك نظير الأول لظهوره، وكان القياس أن لا يقطع فيما إذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من الماكر مكابرة: أي مقاتلة بسلاح لأن ركن السرقة الأخذ على سبيل الخفية والاستسرار، والخفية إن وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الأخذ فإن الأخذ حصل بطريق المغالبة لكنهم استحسنوا وقالوا بوجوب القطع لأنهم لو اعتبروا الخفية وقت الأخذ لامتنع القطع في أكثر السرقات لأن أكثرها في الليالي يصير مغالبة في الانتهاء لأنه وقت لا يلحق الغوث وقوله: (أو من يقوم مقامه) يعني المودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن قال: (وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته ذلك مضروبة من حرز لا شبهة فيه) على ما سيظهر لك معناه (وجب القطع لقوله تعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ فإن الحكم إذا ترتب على صفة كان مصدرها علة له كما عرف، والاية كما ترى عام، لكنه لم يتناول الصبيّ والمجنون لأنه خطاب الشرع فهو تكليف، ولا تكليف إلا مع العقل والبلوغ فلا بد من تحققهما لتحقق الجناية المستلزمة للجزاء. وأما تقدير المال فلما ذكره في الكتاب وهو قول فقهاء الأمصار. وأما أصحاب الظواهر فلا يعتبرون النصاب وهو منقول عن الحسن البصري

هذه هي السرقة التي توجب القطع، وإلا فسرقة ما دون نصاب سرقة أيضاً لغة وشرعاً. فإن العبد إذا سرق ما دون النصاب يرد على بائعه بعيب السرقة ولا يقطع، كذا في الخلاصة وغيرها قوله: (محرز للتمول الخ) أقول: احتراز عن سرقة المصحف وصحيفة الحديث وصحائف العربية والشعر، فإن المصحف وكتب الحديث يدخران للقراءة لا للتمول، وكذا غيره لا يقصد به التمول بل معرفة الحكم والأمثال قوله: (غير متسارع إليه الفساد من غير تأويل) أقول: احتراز عن أخذ صاحب الحق خلاف جنس حقه إذا قال أخذت لأجل حقي فإنه أخذه متأولاً قوله: (فإن الصلاة شرعاً عبارة الخ) أقول: قال العلامة فخر الدين الزيلعي في أول كتاب الصلاة: الصلاة في اللغة العالية

العقل والبلوغ لأن الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية، ولا بد من التقدير بالمال الخطير لأن الرغبات تفتر في الحقير، وكذا أخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لأنها فيما يغلب، والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا.

الحبل فتقطع يده، ويسرق البيضة فتقطع يده»[1] متفق عليه. ومن سوى هؤلاء من فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار على أنه لا قطع إلا بمال مقدّر لقوله عليه الصلاة والسلام «لا قطع إلا في ربع دينار فصاعداً»[2] متفق عليه، فلزم في الأول التأويل بالحبل الذي يبلغ عشرة دراهم، وبالبيضة البيضة من الحديد أو النسخ، ولو قيل ونسخه أيضاً ليس أولى من نسخ ما رويتم. قلنا: لا تاريخ؛ بقي وجه أولوية الحمل وهو مع الجمهور، فإن مثله في باب الحدود متعين عند التعارض، ثم قد نقل إجماع الصحابة على ذلك وبه يتقيد إطلاق الآية وبالعقل، وهو أن الحقير مطلقاً تفتر الرغبات فيه فلا يمنع أصلاً كحبة قمح وهو مما يشمله إطلاق الآية (وكذا لا يخفى أخذه فلا يتحقق) بأخذه (ركن السرقة) وهو الأخذ خفية (ولا حكمة الزجر) أيضاً (لأنها فيما يغلب) فإن ما لا يغلب لا يحتاج إلى شرع الزاجرلا لأنه لا يتعاطى فلا حاجة إلى الزجر عنه، فهذا مخصص عقلي بعد كونها مخصوصة بما ليس من حرز بالإجماع. ثم اختلف الشارطون لمقدار معين في تعيينه، فذهب أصحابنا في جماعة من التابعين إلى أنه عشرة دراهم، وذهب الشافعي إلى أنه ربع دينار، وذهب مالك وأحمد إلى أنه ربع دينار أو ثلاثة دراهم، لما روى[3] مالك في موطئه عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه عن عمرة بنت عبد الرحمن أن سارقاً سرق في زمن عثمان بن عفان أترجة فأمر بها عثمان فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثني عشر بدينار فقطع عثمان يده. قال مالك: أحبّ ما يجب فيه القطع إليّ ثلاثة دراهم سواء ارتفع الصرف أو اتضع،

رضي الله عنه مستدلاً بظاهر الآية، فإنه ليس فيه ما يدل على النصاب أصلاً، بخلاف كونه مالاً محرزاً فإن لفظ السرقة يدل على ذلك، لأن أخذ المباح يسمى اصطياداً أو احتطاباً لا سرقة، وكذلك ما ليس بمحرز فأخذه لا يسمى سرقة لانعدام مسارقة عين الحافظ. وقلنا: معنى اسم السارق يدل على خطر المأخوذ لأنه مشتق من السرقة وهي القطعة من الحرير فلا بد من التقدير بالمال

الدعاء، قال الله تعالى ﴿وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم﴾ أي ادع لهم، وإنما عدي بعلي باعتبار لفظ الصلاة. وفي الشرع عبارة عن الأفعال المخصوصة المعهودة، وفيها زيادة مع بقاء معنى اللغة فيكون تغييراً لا نقلاً. وفي الغاية: والظاهر أنها منقولة لوجودها بدونه في الأمي انتهى. وفيه تأمل، فإن الدابة منقولة إلى ذوات القوائم الأربع مع وجود المعنى الأصلي فيها قوله: (والثالث ما أنبأ به مقرر الخ) أقول: أي ما أنبأ به اللغة قوله: (وهي مقررة في الشرع) أقول: فيه أن الصلاة ليس يلزم أن يشتمل على معنى الدعاء كما في الأمي قوله: (وإن وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الأخذ) أقول: فكان فيه شبهة العدم والحدود تندرىء بالشبهات قال المصنف: (وإذا سرق العاقل البالغ الخ) أقول: قال في الكنز: السرقة أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ انتهى. قال العلامة الزيلعي في

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٧٨٣ و ٦٧٩٩ ومسلم ١٦٨٧ والنسائي ٨/ ٦٥ وابن ماجه ٢٥٨٣ وابن حبان ٥٧٤٨ وأحمد ٢/ ٢٥٣ والبيهقي ٨/ ٢٥٣ والبغوي ٢٥٩٧ و ٢٥٩٨ كلهم عن أبي صالح عن أبي هريرة مرفوعاً.
قال ابن حبان: يشبه أن المراد بالبيضة. بيضة الحديد. أو بيضة النعامة، فإنها تساوي ربع دينار.
وكذلك الحبل أراد به الحبال الكبار تكون للآبار العميقة، وذلك لأن أهل الحجاز آبارهم عميقة اهـ باختصار.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٧٨٩ و ٦٧٩٠ و ٦٧٩١ ومسلم ١٦٨٤ من وجوه عدة وأبو داود ٤٣٨٤ والنسائي ٨/ ٨٧ والترمذي ١٤٤٥ وابن ماجه ٢٥٨٥ والطيالسي ١٥٨٢ وابن حبان ٤٤٥٥ والبيهقي ٨/ ٢٥٨ . ٢٥٤ وأحمد ٦/ ٣٦ . ١٦٣ . ٢٤٩ كلهم من حديث عائشة: «تقطع يد السارق في ربع دينار، فصاعداً» هذا لفظ البخاري، وغيره. وأخرجه مسلم ١٦٨٤ جـ ١ والشافعي ٢/ ٨٣ وأحمد ٦/ ٣٦ والحميدي ٢٧٩ وأبو داود ٤٣٨٣ والترمذي ١٤٤٥ والنسائي ٨/ ٧٩ وابن الجارود ٨٢٤ وابن حبان ٤٥٥٩ والبغوي ٢٥٩٥ والطحاوي ٣/ ١٦٣ . ١٦٦ . ١٦٧ والبيهقي ٨/ ٢٥٤ كلهم عن الزهري عن عَمرة عن عائشة: «أن النبي ﷺ كان يقطع في ربع دينار فصاعداً».
وأخرجه مسلم ١٦٨٤ حـ ٣ والنسائي ٨/ ٨١ وابن حبان ٤٤٦٤ والطحاوي ٣/ ١٦٤ والدارقطني ٣/ ١٨٩ كلهم عن سليمان بن يسار عن عمرة عن عائشة مرفوعاً «لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً».
وأخرجه الحميدي ٢٨٠ وابن حبان ٤٤٦٥ عن عائشة مرفوعاً بمثل سياق المصنف ابن الهمام.

(٣) وقع في الأصل: روىٰ من مالك... الخ. ومن هنا زائدة لذا حذفتها ولو كانت: عن بدل: من لكان أقرب، ومع ذلك فالأولى الحذف.

وعند الشافعي التقدير بربع دينار. وعند مالك رحمة الله تعالى عليه بثلاثة دراهم. لهما أن القطع على عهد رسول الله ﷺ ما كان إلا في ثمن المجن، وأقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم، والأخذ بالأقل المتيقن به أولى، غير أن الشافعي رحمه الله يقول: كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله ﷺ اثني عشر درهماً والثلاثة ربعها. ولنا أن الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى احتيالاً لدرء الحد. وهذا لأن في الأقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة للحد، وقد تأيد ذلك بقوله ﷺ «لا قطع إلا في دينار، أو عشرة دراهم» واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية، وهو الأصح رعاية لكمال الجناية، حتى لو سرق عشرة تبراً قيمتها أنقص من عشرة

وذلك لأنه عليه الصلاة والسلام قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم، وعثمان قطع في أترجة قيمتها ثلاثة دراهم، وهذا أحب ما سمعت إليّ انتهى[(١)]. وكون المجن بثلاثة في حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ قطع سارقاً في مجن قيمته ثلاثة دراهم[(٢)]. أخرجه الشيخان. وفي لفظ لهما عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ «لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً»[(٣)] **(غير أن الشافعي يقول: كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله ﷺ اثني عشر درهماً فالثلاثة ربعها)** وفي مسند أحمد عن عائشة عنه عليه الصلاة والسلام «اقطعوا في ربع دينار، ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك» وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم[(٤)]، وقد ظهر أن المراد مما ذكر المصنف من قوله أن القطع في زمن رسول الله ﷺ ما كان إلا في ثمن المجن أنه ما كان إلا في مقدار ثمنه لا حقيقة اللفظ وهي أن المسروق كان نفس ثمنه فقطع به إذ ليس كذلك، بل المسروق كان نفس المجن فقطع به وكانت قيمته ثلاثة دراهم **(ولنا أن الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى احتيالاً للدرء)** فعرف أنه قد قيل في ثمن المجن أكثر مما ذكر، ويريد بذلك حديث أيمن، رواه الحاكم في المستدرك

الخطير محافظة على المفهوم اللغوي، والتقدير بعشرة دراهم بقوله ﷺ «لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم» رواه الترمذي في جامعه عن ابن مسعود. وقوله: **(واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفاً)** بيان لقوله عشرة دراهم مضروبة، واستدلال عليه بلفظ الدراهم المذكورة في الحديث، والمراد بالكتاب القدوري، وقوله: **(وهو الأصح)** احتراز عما روى الحسن عن أبي حنيفة ما

شرحه: قوله مضروبة إشارة إلى أنه إذا سرق فضة غير مضروبة وزنها عشرة دراهم أو أكثر وقيمتها أقل من عشرة مضروبة لا يقطع، بخلاف المهر حيث يصح جعلها مهراً. والفرق بينهما أن الحدود تدرأ بالشبهات فيتعلق بالكامل والمهر يثبت مع الشبهة فيصح كيفما كان، وعلى هذا أواني الفضة أو الزيوف إذا سرق ما وزنها عشرة وقيمتها أقل أو قيمتها عشرة ووزنها أقل لا يقطع انتهى. وأنت خبير بأن المفهوم من الهداية اعتبار القيمة فقط فليتأمل، فإنه يقال ذلك فيما إذا لم يكن المسروق من جنس الدراهم، وإلا فيتحقق الشبهة قوله: (لأنه خطاب الشرع الخ) أقول: فيه أن الخطاب للأئمة لا للسراق قوله: (لأنه مشتق) أقول: بالاشتقاق الكبير وفيه ما فيه قوله: (من السرقة الخ) أقول: لعل هذا مغالطة ناشئة من اشتراك اللفظ قال المصنف: (غير أن الشافعي) أقول: أنت خبير بأنه لا يدل على اعتبار التقدير بربع دينار بل وجهه أمر آخر، وهذا الدفع المخالفة بين الروايتين قال المصنف: (وقد تأيد ذلك بقوله ﷺ) أقول: فيه أنهم صرحوا بان ما يصلح علة لا يصلح مرجحاً.

---

(١) موقوف. أخرجه مالك ٢/ ٨٣٢ حـ ٢٣ عن عمرة فذكرته. وكلام مالك الذي ذكره المصنف عنه قاله مالك بعد حديثين من أثر عثمان، و رجاله إلى عمرة ثقات.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٧٩٥ وأطرافه في ٦٧٩٦ و ٦٧٩٧ و ٦٧٩٨ ومسلم ١٦٨٦ من وجوه وأبو داود ٤٣٨٥ و ٤٣٨٦ والترمذي ١٤٤٦ والنسائي ٨/ ٧٦ وابن ماجه ٢٥٨٤ والدارمي ٢٢١٦ ومالك ٢/ ٨٣١ والشافعي ٢/ ٨٣ وأحمد ٢/ ٦.. ٥٤ . ٦٤ . ٨٠ . ٨٢ . ١٤٣ . ١٤٥ وابن حبان ٤٤٦٣ والطحاوي ٣/ ١٦٢ والبيهقي ٨/ ٢٥٦ والدارقطني ٣/ ١٩٠ والبغوي ٢٥٩٦ من طرق عن نافع عن ابن عمر به ونقل البهاء المقدسي في شرحه على العمدة ص ٥٦٧ عن ابن عبد البر قوله: هذا أصح حديث يروى في هذا الباب لا يختلف أهل العلم في ذلك اهـ باختصار.

(٣) تقدم مستوفياً بطرقه قبل حديثين فقط.

(٤) حسن لشواهده. أخرجه أحمد ٦/ ٨٠ . ٨١ والبيهقي ٨/ ٢٥٥ كلاهما من حديث عمرة عن عائشة.

وفي إسناده محمد بن راشد المكحولي. فيه ضعف لكن توبع في سنن الدارقطني ٣/ ١٨٩ وله شواهد تقدمت، فالحديث حسن.

مضروبة لا يجب القطع، والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لأنه هو المتعارف في عامة البلاد. وقوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم إشارة إلى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بها وإن كان ذهباً، ولا بد من حرز لا شبهة فيه لأن الشهادة دارئة، وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى. قال: **(والعبد والحر في القطع سواء)** لأن النص لم يفصل، ولأن التنصيف متعذر فيتكامل

عن مجاهد عن أيمن قال: لم تقطع اليد على عهد رسول الله ﷺ إلا في ثمن المجن، وثمنه يومئذ دينار[1]. وسكت عنه. ونقل عن الشافعي أنه قال لمحمد بن الحسن رضي الله عنه: هذه سنة رسول الله ﷺ أن يقطع في ربع دينار فصاعداً، فكيف قلت: لا تقطع اليد إلا في عشرة دراهم فصاعداً؟ فقال: قد روى شريك عن مجاهد عن أيمن ابن أم أيمن أخي أسامة بن زيد: لأمه، وأن الشافعي أجاب بأن أيمن ابن أم أيمن قتل مع رسول الله ﷺ يوم حنين قبل أن يولد مجاهد. قال ابن أبي حاتم في المراسيل: وسألت أبي عن حديث رواه الحسن بن صالح عن منصور عن الحكم عن عطاء ومجاهد عن أيمن وكان فقيهاً قال: تقطع يد السارق في ثمن المجن، وكان ثمن المجن على عهد رسول الله ﷺ

يدل على أن المضروبة وغيرها سواء، وكلامه ظاهر. فإن قلت: روت عائشة رضي الله عنها أن يد السارق لم تقطع في عهد النبيّ ﷺ إلا في ثمن مجن حجفة أو ترس، وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قطع سارقاً في مجن ثمنه

قوله: **(إلا في ثمن مجن حجفة)** أقول: بالتحريك بتقديم الحاء قوله: **(ولما تعارضا ولا مرجح صرنا إلى إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام الخ)** أقول: فيه بحث، أما أولاً فلأن قوله ولا مرجح ممنوع، وأما ثانياً فلأن شرحه لا يطابق المشروح؛ ألا ترى إلى قول صاحب الهداية: إن الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى الخ قوله: **(وهو أن العمل بمذهبنا يستلزم العمل الخ)** أقول: فيه بحث إذ ما ادعاه من الاستلزام غير ظاهر، بل الظاهر عكس ذلك. والجواب أن مراده العمل بمذهبنا عمل بالمتفق عليه دون مذهبهما فإنه مختلف فيه، وأدنى درجات الخلاف إيراث الشبهة فتأمل قال المصنف: **(إشارة إلى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بها وإن كان ذهباً)** أقول: فيه تأمل، فإن المذكور في الحديث الذي رواه أصحابنا «إلا في دينار أو عشرة دراهم» فما بالهم لم يعتبروا القيمة بالدينار مع تقدمه في الذكر والاحتيال فيه للدرء أشد، ولم يقوموا جنس الذهب بالدينار وجنس الفضة بالدراهم وغيرهما بأحدهما أياماً كان لم أقف على وجهه في كتبهم إلى الآن، ولعل مستندهم أن تقويم المجن وقع بالدراهم في الرواية التي أخذوا بها، وفيه تأمل، وجواب ذلك مذكور في الكافي فراجعه. قوله: **(وجدت الاعتراض، إلى قوله: ساقطاً)** أقول: الاعتراض للسغناقي. قوله: **(لأن المسروق منه حاضر يخاصم الخ)** أقول: فيه تأمل: قال المصنف: **(ويحبسه)** أقول: تعزيراً لا توثيقاً. قال الإتقاني بالنصب عطف على قوله أن يسألهما، وإنما يحبسه إلى أن يسأل عن عدالة

---

(١) ضعيف. أخرجه النسائي ٨ . ٨٢، ٨٣ والطحاوي في المعاني ٣/ ١٦٣ والحاكم ٤/ ٣٧٩ والبيهقي ٨/ ٢٥٧ من طرق عن مجاهد عن أيمن به.
وكرره عن مجاهد وعطاء عن أيمن.
ومن طريق شريك عن عطاء، ومجاهد عن أيمن ابن أم أيمن يرفعه.
وأخرجه النسائي ٨/ ٨٣ عن عمرو بن شعيب أن عطاء حدثه أن ابن عباس كان يقول: «ثمنه يومئذ عشرة دراهم».
وأخرجه من وجه آخر عن عطاء عن ابن عباس قال: «كان ثمن المجنّ على عهد رسول الله ﷺ يقوّم عشرة دراهم» ورواه عن عطاء مرسلاً، ورواه عن عطاء من قوله. وقال النسائي: وأيمن الذي تقدم، وذكرنا حديثه ما أحسب أن له صحبة.
ثم أسند النسائي ٨/ ٨٤ عن ابن إسحق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «كان ثمن المجنّ على عهد رسول الله ﷺ عشرة دراهم».
وقد ذكر ابن الهمام كلاماً طويلاً أتركه خشية التطويل، وتمامه في نصب الراية ٣/ ٣٥٦، ٣٥٧، ٣٥٨، ٣٥٩. ولخص الزيلعي ذلك بقوله: والحاصل أن الحديث معلول فإن كان أيمن صحابياً؛ فعطاء ومجاهد لم يدركاه، فهوه منقطع. وإن كان تابعياً، فالحديث مرسل، ولكن يتقوى بغيره من المرفوعات والموقوفات اهـ والله تعالى أجل وأعلم.
قلت: ثم تبين لي من الشواهد أنها تثبت كون ثمن المجنّ عشره دراهم، ولكن ليس فيها ما يمنع القطع فيما دون عشرة دراهم فتنبه.
وعلى هذا لن يتابع أيمن على لفظ: «لم يكن رسول الله ﷺ يقطع فيما دون عشرة دراهم».
والخلاصة: فالخبر مرسل وفيه مخالفة لما اتفق عليه الشيخان من حديث عائشة: . . . تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً ومن حديث ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ قطع سارقاً في مجنّ قيمته ثلاثة دراهم» اهـ وقد تقدم، تخريج كلا الحديثين باستيفاء تام، وقد تقدم كلام ابن عبد البر في حديث ابن عمر: أنه أصح حديث يروىٰ في هذا الباب لا يختلف أهل العلم في ذلك اهـ وقد تقدم قبل قليل.

صيانة لأموال الناس **(ويجب القطع بإقراره مرة واحدة، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يقطع إلا بالإقرار مرتين)** وروى عنه أنهما في مجلسين مختلفين لأنه إحدى الحجتين فيعتبر بالأخرى وهي البينة كذلك اعتبرنا في

ديناراً، قال أبي: هو مرسل، وأرى أنه والد عبد الواحد بن أيمن وليس له صحبة، وظهر بهذا القدر أن أيمن اسم للصحابي فهو ابن أم أيمن، وأنه استشهد مع رسول الله ﷺ بحنين واسم لتابعي آخر. وقال أبو الحجاج المزي في كتابة: أيمن الحبشي مولى بني مخزوم، روى عن سعد وعائشة وجابر، وروي عنه ابنه عبد الواحد وثقه أبو زرعة، ثم قال أيمن مولى ابن الزبير، وقيل مولى ابن أبي عمر عن النبي ﷺ في السرقة إلى أن قال: وعنه عطاء ومجاهد، قال النسائي: ما أحسب أن له صحبة، فقد جعله اسماً لتابعين، وأما ابن أبي حاتم وابن حبان فجعلاهما واحداً، قال ابن أبي حاتم: أيمن الحبشي مولى ابن أبي عمر روى عن عائشة وجابر، روى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد قال: سمعت أبي يقول ذلك وسئل أبو زرعة عن أيمن والد عبد الواحد فقال: مكي ثقة. وقال ابن حبان في الثقات: أيمن بن عبيد الحبشي مولى لابن أبي عمر المخزومي من أهل مكة روى عن عائشة وروى عنه مجاهد وعطاء، وابنه عبد الواحد بن أيمن، وكان أخا أسامة بن زيد لأمه، وهو الذي يقال له أيمن ابن أم أيمن مولاة النبي ﷺ، قال: ومن زعم أن له صحبة فقد وهم، حديثه في القطع مرسل، فهذا يخالف الشافعي وغيره ممن ذكر أن أيمن ابن أم أيمن قتل يوم حنين وأنه صحابي حيث جعله من التابعين، وهكذا فعل الدارقطني في سننه، أيمن لا صحبة له وهو من التابعين، ولم يدرك زمان النبي ﷺ ولا الخلفاء بعده، وهو الذي يروي عن النبي ﷺ أن ثمن المجن دينار، روى عنه ابنه عبد الواحد وعطاء ومجاهد. والحاصل أنه اختلف في أيمن راوي قيمة المجن هل هو صحابي أو تابعي ثقة، فإن كان صحابياً فلا إشكال، وإن كان تابعياً ثقة كما ذكره أبو زرعة الإمام العظيم الشان وابن حبان فحديثه مرسل، والإرسال ليس عندنا ولا عند جماهير العلماء قادحاً بل هو حجة فوجب اعتباره، وحينئذ فقد اختلف في تقويم ثمن المجن أهو ثلاثة أو عشرة فيجب الأخذ بالأكثر هنا لإيجاب الشرع الدرء ما أمكن في الحدود، ثم يقوى بما رواه النسائي أيضاً بسنده عن ابن إسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: كان ثمن المجن على عهد رسول الله ﷺ عشرة دراهم، وأخرجه الدارقطني أيضاً، وأخرجه هو وأحمد في مسنده عن الحجاج بن أرطأة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وكان إسحاق بن راهوية. وروى ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب اللقطة عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينة عن النبي ﷺ قال «ما بلغ ثمن المجن قطعت يد صاحبه» وكان ثمن المجن عشرة دراهم. قال المصنف: وتأيد ذلك بقوله ﷺ «لا قطع إلا

ثلاثة دراهم، وقد أخذ به مالك رضي الله عنه، وروت عمرة عن عائشة موقوفاً ومرفوعاً إلى النبيّ ﷺ أن النبي ﷺ كان يقطع في ربع دينار فصاعداً، وبه أخذ الإمام الشافعي رضي الله عنه فما وجه دفع ذلك؟ قلت: مدلول الحديثين واحد لأن قيمة الدينار كانت اثني عشر درهماً وثلاث دراهم كانت ربع دينار، ويعارضهما ما روى في السنن وشرح الآثار مسنداً إلى عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قطع رجلاً في مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم، ولما تعارضا ولا مرجح صرنا إلى إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام «لا قطع إلا في دينار» الحديث، وإلى المعقول وهو أن العمل بمذهبنا يستلزم العمل بمذهبهما مع اشتماله على الاحتيال للدرء فوجب العمل به قال: **(والعبد والحر في القطع سواء)** قدم ذكر العبد على الحر لكونه أهم لأن عدم التساوي إنما يتوهم من جهته وكلامه واضح وبيان قوله: **(أن السرقة، قد ظهرت بالإقرار مرة)** السرقة ظهرت بالإقرار مرة واحدة لأنها تظهر بشهادة شاهدين، وكل ما يظهر بشهادة شاهدين يظهر بالإقرار مرة واحدة كالقصاص وحد القذف وغيرهما، وكل ما يظهر بالإقرار مرة واحدة يكتفي به فلا حاجة إلى الزيادة، وإذا تلمحت هذا البيان وجدت الاعتراض بأن الزنا أيضاً يظهر بالإقرار مرة ساقطاً

الشهود لأن التوثيق بالكفالة ليس بمشروع فيما مبناه على الدرء انتهى. وقد مر في أوائل الحدود ما يتعلق بالدرء فراجعه.

الزنا. ولهما أن السرقة قد ظهرت بالإقرار مرة فيكتفي به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لأن الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الإقرار شيئاً لأنه لا تهمة، وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار

في دينار أو عشرة دراهم»[1] وهذا بهذا اللفظ موقوف على ابن مسعود وهو مرسل عنه رواه عبد الرزاق، ومن طريقه الطبراني في معجمه، وأشار إليه الترمذي في كتابه الجامع فقال: وقد روي عن ابن مسعود أنه قال لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم. وهو مرسل رواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود، والقاسم بن عبد الرحمن لم يسمع من ابن مسعود انتهى. وهو صحيح[2] لأن الكل ما رووه إلا عن القاسم، لكن في مسند أبي حنيفة من رواية ابن مقاتل عن أبي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن عبد الله بن مسعود قال: كان قطع اليد على عهد رسول الله ﷺ في عشرة دراهم، وهذا موصول[3] وفي رواية خلف بن ياسين عن أبي حنيفة: إنما كان القطع في عشرة دراهم. وأخرجه ابن حرب من حديث محمد بن الحسن عن أبي حنيفة يرفعه «لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم» فهذا موصول مرفوع، ولو كان موقوفاً[4] لكان له حكم الرفع لأن المقدرات الشرعية لا دخل للعقل فيها فالموقوف فيها محمول على الرفع قوله: **(واسم الدراهم)** يعني في الحديث وهو قوله أو عشرة دراهم **(ينطلق على المضروبة عرفاً)** فإذا أطلق بلا قيد، فهو وجه اشتراط كونها مضروبة في القطع كما ذكره في القدوري **(وهو ظاهر الرواية وهو الأصح)** للظاهر من الحديث و **(رعاية لكمال الجناية)** لأنها شرط العقوبة، وشروط العقوبات يراعي وجودها على وجه الكمال، ولهذا شرطنا الجودة حتى لو كانت زيوفاً لا يقطع بها، ولو تجوّز بها لأن نقصان الوصف بنقصان الذات، وعن أبي يوسف يقطع بها إذا كانت رائجة **(حتى لو سرق عشرة تبراً)** أي فضة غير مضروبة صكا **(قيمتها أقل من عشرة مصكوكة لا يجب القطع)**

قوله: **(ولا اعتبار بالشهادة)** جواب عن قياس إحدى الحجتين بالأخرى ببيان الفارق، وهو ما ذكر أن الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الإقرار شيئاً لأنه لا تهمة فيه. وقوله: **(وباب الرجوع)** جواب عما يقال إنما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع كما في الزنا. ووجه ذلك أنه لو أقر مراراً كثيرة ثم رجع صح رجوعه في حق الحد لأنه لا مكذب له فيه، بخلاف الرجوع

---

(١) لا أصل له في المرفوع، وقد تقدم ما رواه الشيخان من حديث عائشة من عدة طرق، وكذا من حديث ابن عمر: القطع في ربع دينار فصاعداً.
ولذا قال المصنف ابن الهمام عن هذا الخبر: هذا بهذا اللفظ موقوف على ابن مسعود. وهو مرسل عنه رواه عبد الرزاق، ومن طريقه الطبراني في معجمه. وأشار إليه الترمذي، وهو مرسل عن ابن مسعود.
قلت: والموقوف ضعيف. رواه عبد الرزاق كما في نصب الراية ٣/ ٣٦٠ ومن طريقه الطبراني كما في المجمع ٦/ ٢٧٣. ٢٧٤ وعلقه الترمذي بإثر حديث ١٤٤٦ والطحاوي في المعاني ٣/ ١٦٧ والبيهقي ٨/ ٢٦٠ كلهم عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود، وهو منقطع، والقاسم واهٍ ضعفه أحمد وغيره. وهذا إذا أسند، فكيف إذا أرسل.
ولذا قال البيهقي عقبه: هذا منقطع.
وقال الهيثمي: هو موقوف والقاسم ضعيف، وقد وُثّق.
وقال الترمذي: هو مرسل عن ابن مسعود فالقاسم لم يسمع ابن مسعود، وهو قول أهل الكوفة، والثوري. وقال مالك والشافعي وأحمد وإسحق: يقطع في ربع دينار فصاعداً اهـ.
قلت: حتى الموقوف فيه القاسم ضعيف وهو منقطع أيضاً

(٢) أنى له الصحة. مع الانقطاع ووهن القاسم. وقد قال عنه أحمد روى عنه علي بن زيد الأعاجيب اهـ راجع الميزان للذهبي فالرجل مجروح.

(٣) ضعيف جداً. رواه الطبراني في الأوسط من طريق أبي حنيفة كما في نصب الراية ٣/ ٣٥٩ والمجمع ٦/ ١٧٤
وقال الهيثمي: إسناده ضعيف اهـ.
قلت: له علتان الراوي عن أبي حنيفة هو الحكم بن عبد الله البلخي متروك كما في الميزان. وفيه القاسم بن عبد الرحمن وأما رواية خلف بن ياسين فهي واهية حيث ذكر الذهبي في ميزانه خلف هذا، وقال: هو الزيات. ثم ذكر له حديثاً، وقال: هذا موضوع.
الخلاصة: الخبر باطل مرفوعاً. والموقوف ضعيف يخالف الصحاح.

(٤) هذا لو صح الوقف لكن تقدم أنه لو يصح. وهذا أيضاً لو لم يرد مرفوعاً صحيحاً يعارضه. أما كونه موقوفاً، وفيه ضعف، وهو يخالف الصحاح فلا.

والرجوع في حق المال لا يصح أصلاً لأن صاحب المال يكذبه، واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع. قال: (ويجب بشهادة شاهدين) لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق، وينبغي أن يسألهما الإمام عن كيفية

على ظاهر المذهب وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يقطع للإطلاق المذكور وأنت تعلم أن المطلق يقيد بالعرف والعادة قوله: (والمعتبر وزن سبعة) يعني المعتبر في وزن الدراهم التي يقطع بعشرة منها ما يكون وزن عشرة وزن سبعة (مثاقيل) كما في الزكاة، وتقدم بحثنا فيها في الزكاة وهو أنه ينبغي أن يراعى أقل ما كان من الدراهم على ما قالوا، وأما هنا فمقتضى ما ذكروه من أن الدراهم كانت في زمنه ﷺ ثلاثة أصناف. صنف وزن خمسة، وصنف وزن ستة، وصنف وزن عشرة أن يعتبر في القطع وزن عشرة، فهذا مقتضى أصلهم في ترجيح تقدير المجن بعشرة بأنه أدرأ للحد، وما كان دارئاً كان أولى. لا يقال: هذا إحداث قول ثالث لأنا نقول: لا نسلم فإنه إنما يكون ذلك إذا تحققنا أن كل من قدر نصاب القطع بعشرة قدر العشرة بوزن سبعة وهو ممنوع، فإن ممن نقل تقديره بعشرة سفيان الثوري وعطاء ولم ينقل تقديرهما بوزن سبعة فلا يتحقق لزوم القول الثالث، ثم هذا البحث إلزام على قولهم إن وزن سبعة لم يكن على عهد رسول الله ﷺ، فأما إن قيل كالشافعية أنها كانت كذلك في زمنه ﷺ فلا (قوله وقوله) أي قول القدوري (أو مايبلغ قيمته عشرة إشارة إلى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بالدراهم وإن كان ذهباً) حتى لو سرق ديناراً قيمته أقل من عشرة لا يقطع، ذكره في المحيط. قال: والمراد من الدينار المذكور أنه يقطع به في الحديث ما يكون متقوّماً به لا قيمة الوقت، أي يكون ديناراً قيمته عشرة دراهم فضة جياد بوزن سبعة مثاقيل أو أكثر سواء كانا في الوقت كذلك أو لا فلا اعتبار للوقت لأنه يزيد وينقص فيه السعر، ولا بد من كون قيمة غير الفضة بعشرة يوم السرقة ووقت القطع حتى لو نقص القيمة وقت القطع عن عشرة لم يقطع، إلا إن كان النقص بسبب عيب دخله أو فوات بعض العين، فعلى هذا إذا سرق في بلد ما قيمته فيها عشرة فأخذ في أخرى وقيمتها فيها أقل لا يقطع، وفي قول الطحاوي يعتبر وقت الإخراج من الحرز فقط. ولو سرق أقل من وزن عشرة فضة تساوي عشرة مصكوكة لا يقطع لأنه يخالف النص، وهو قوله «لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم»[1] في محل النص، وهو أن يسرق وزن عشرة، ولا بد من ثبوت دلالة القصد إلى النصاب المأخوذ، وعليه ذكر في التجنيس من علامة النوازل: سرق ثوباً قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقطع، وذكر من علامة فتاوى أئمة سمرقند: إذا سرق ثوباً لا يساوي عشرة وفيه دراهم مضروبة لا يقطع، وقال: وهذا إذا لم يكن الثوب وعاء للدراهم عادة، فإن كان يقطع لأن القصد فيه يقع على سرقة الدراهم؛ ألا يرى أنه لو سرق كيساً فيه دراهم كثيرة يقطع وإن كان الكيس يساوي درهماً، ولا بد من أن يكون للمسروق منه يد صحيحة حتى لو سرق عشرة وديعة عند رجل ولو لعشرة رجال يقطع، بخلاف السارق من السارق على الخلاف وأن يخرجه ظاهراً حتى لو ابتلع ديناراً في الحرز وخرج لا يقطع، ولا ينتظر أن يتغوطه بل يضمن مثله لأنه استهلكه وهو سبب الضمان للحال وأن يخرج النصاب بمرة واحدة، فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لا يقطع قوله: (والعبد والحر في القطع سواء لأن النص لم يفصل) بين حر وعبد ولا يمكن التنصيف (فيتكامل) وهذا لأن الجناية موجبة للعقوبة (صيانة لأموال الناس) والرق منصف فما أمكن فيه التنصيف نصف عليه وبه يحصل موجب العقوبة، ومالا كمل ضرورة وإلا أهدر السبب في حقه، بخلاف الزنا

عن المال فإن له فيه مكذباً وهو صاحب المال فلا يصح، فظهر بهذا أن لا فائدة في تكرار الإقرار لا في حق القطع ولا في حق إسقاط ضمان المال بالإقرار. وقوله: (واشتراط الزيادة في الزنا) جواب عن قوله وكذلك اعتبرنا في الزنا، (وينبغي أن يسألهما الإمام عن كيفية السرقة) فيقول له كيف سرقت لجواز أنه نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع فإنه لا يقطع فيه عند أبي حنيفة ومحمد (وعن ماهيتها) لجواز أن يكون المأخوذ شيئاً تافهاً ولا قطع فيه، وهذا مشكل لأن ماهية السرقة على ما قدمنا لا يذكرها إلا

---

(١) تقدم أنه باطل مرفوعاً والموقوف ضعيف ومنقطع. ووصله بعض الضعفاء، فجعله مرفوعاً وتقدم بطلان ذلك.

السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود، ويحبسه إلى أن يسأل عن الشهود للتهمة. قال: (وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع، وإن أصابه أقل لا يقطع) لأن الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه.

فإن له حدين الجلد والرجم، فانتظم النص الحر والمرقوق في الجلد فحد على نصف حد الأحرار بقوله تعالى ﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ [النساء ٢٥] ثم شرع الحد الآخر وهو الرجم على الأحرار ابتداء بحيث لم يتناول الأرقاء قوله: (ويجب القطع بإقراره مرة واحدة عند أبي حنيفة ومحمد) ومالك والشافعي وأكثر علماء هذه الأمة (وقال أبو يوسف: لا يقطع إلا بالإقرار مرتين) وهو قول أحمد وابن أبي ليلى وزفر وابن شبرمة، ويروى عن أبي يوسف اشتراط كون الإقرارين في مجلسين استدلوا بالمنقول والمعنى، أما المنقول فما روى أبو داود عن أبي أمية المخزومي أنه عليه الصلاة والسلام أتى بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع فقال ﷺ «ما إخالك سرقت؟ فقال: بلى يا رسول الله، فأعادها عليه الصلاة والسلام مرتين أو ثلاثاً، فأمر به فقطع»[1] فلم يقطعه إلا بعد تكرر إقراره: وأسند الطحاوي إلى عليّ رضي الله عنه أن رجلاً أقرّ عنده بسرقة مرتين فقال: قد شهدت على نفسك شهادتين، فأمر به فقطع فعلقها في عنقه[2]. وأما المعنى فإلحاق الإقرار بها بالشهادة عليها في العدد فيقال حد فيعتبر عدد الإقرار به بعدد الشهود نظيره إلحاق الإقرار في حد الزنا في العدد بالشهادة فيه. ولأبي حنيفة ما أسند الطحاوي إلى أبي هريرة في هذا الحديث «قالوا يا رسول الله إن هذا سرق، فقال: ما إخاله سرق، فقال السارق: بلى يا رسول الله، قال؛ اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به، قال: فذهب به فقطع ثم حسم ثم أتي به إلى رسول الله ﷺ، فقال له: تب إلى الله عز وجل، فقال: تبت إلى الله عز وجل، فقال: تاب الله عليك»[3] فقد قطعه بإقراره مرة، وأما المعنى فمعارض بحد القذف والقصاص وهو وإن لم يكن حداً فهو في معناه من حيث إنه عقوبة هكذا ظهر الموجب مرة (فيكتفي به كالقصاص وحد القذف) وأما قياسه على الشهادة فمع الفارق لأن اعتبار العدد في الشهادة إنما هو لتقليل التهمة ولا تهمة في الإقرار، إذ لا يتهم الإنسان في حق نفسه بما يضره ضرراً بالغاً، على أن الإقرار الأول إما صادق فالثاني لا يفيد شيئاً إذ لا يزداد صدقاً، وإما كاذب فبالثاني لا يصير صدقاً فظهر أنه لا فائدة في تكراره. فإن قيل: فائدته رفع احتمال كونه يرجع عنه أجاب المصنف بقوله وباب الرجوع في حق الحد لا ينتفي بالتكرار فله أن يرجع بعد التكرار فيقبل في الحدود ولا يصح في المال رجوعه بوجه (لأن صاحب المال يكذبه) فلا يقبل رجوعه، وأما النظر المذكور: أعني اشتراط كون الاقرار بالزنا متعدداً

آحاد الفقهاء فيحتاج إلى حضور الفقهاء شرطاً لظهوره، وفي ذلك سدّ باب القطع (وعن زمانها) فيما يثبت بالبينة لجواز تقادم العهد المانع عن القطع لوجود التهمة، بخلاف ما إذا ثبت بالإقرار، فإن التقادم فيه ليس بمانع لعدمها فلا يسأل عن الزمان. فإن قيل: الشاهد في تأخير الشهادة هنا غير متهم لأنه لا يقبل شهادته بدون الدعوى فينبغي أن لا يسأل فيما إذا ثبت بالبينة كما لا يسأل

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٣٨٠ والنسائي ٨/ ٦٧ والدارمي ٢٢١٨ وابن ماجه ٢٥٩٧ وأحمد ٥/ ٢٩٣ كلهم من حديث أبي أمية المخزومي وإسناده حسن. رجاله ثقات غير أبي المنذر وهو مقبول كما في التقريب. وتقدم الكلام عليه في آخر الحدود قبل: فصل في كيفية إقامة الحد.

(٢) موقوف أخرجه الطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١٧٠ والبيهقي ٨/ ٢٧٥ كلاهما عن علي وفيه القاسم بن عبد الرحمن غير قوي.

(٣) حسن. أخرجه الطحاوي ٣/ ١٦٨ والدارقطني ٣/ ١٠٢ والحاكم ٤/ ٣٨١ والبيهقي ٨/ ٢٧٥ ـ ٢٧٦ كلهم من حديث أبي هريرة بهذا اللفظ. وكذا البزار كما في المجمع ٧/ ٢٧٦ وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، وأقره الذهبي.

قلت: نعم رجاله رجال مسلم لكن الدراوردي متكلم فيه قال ابن حجر في التقريب عنه: صدوق. وكان يحدث من كتب غيره فيخطىء اهـ.

ويؤكد ذلك أن البهاء المقدسي رحمه الله تعالى ذكره في شرح العمدة ص ٥٦٨ ونقل عن ابن المنذر قوله: وفي إسناده مقال.

ولذا قال الدارقطني: وقد رواه الثوري عن يزيد بن خصيفة مرسلاً اهـ.

وكذلك رواه الطحاوي من عدة طرق عن يزيد بن خصيفة عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان مرسلاً لم يذكر فيه أبا هريرة. ومع ذلك فابن ثوبان ثقة كما في التقريب وهذا مرسل قوي وقد ورد موصولاً، وفيه ضعف. فالحديث حسن إن شاء الله تعالى وانظر نصب الراية ٣/ ٣٧١

....

كما في الشهادة به فلا نسلم أن ذلك بطريق القياس، وكيف وحكم أصله وهو الزيادة في العدد معدول عن القياس، فالواقع أن كلاً من تعدد الشهادة وتعدد الإقرار في الزنا ثبت بالنص ابتداء لا بالقياس، والله سبحانه وتعالى أعلم.

[فروع من علامة العيون] قال أنا سارق هذا الثوب: يعني بالإضافة قطع، ولو نوّن القاف لا يقطع لأنه على الاستقبال، والأول على الحال. وفي عيون المسائل قال: سرقت من فلان مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع في العشرة دنانير ويضمن مائة درهم، هذا إذا ادعى المقر له المالين، وهو قول أبي حنيفة لأنه رجع عن الإقرار بسرقة مائة وأقر بعشرة دنانير فصح رجوعه عن الإقرار بالسرقة الأولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان. وصح الإقرار بالسرقة الثانية في حق القطع وبه ينتفي الضمان، بخلاف ما لو قال سرقت مائة بل مائتين فإنه يقطع ولا يضمن شيئاً لو ادعى المقر له المائتين لأنه أقرّ بسرقة مائتين فوجب القطع وانتفى الضمان والمائة الأولى لا يدعيها المقر له، بخلاف الأولى؛ ولو قال سرقت مائتين بل مائة لم يقطع، ويضمن المائتين لأنه أقر بسرقة مائتين ورجع عنهما فوجب الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الإقرار بالمائة إذ لا يدعيها المسروق منه، ولو أنه صدقه في الرجوع إلى المائة لا ضمان قوله: **(ويجب بشهادة شاهدين كما في سائر الحقوق)** وهذا بإجماع الأمة قوله: **(وينبغي أن يسألهما الإمام عن كيفية السرقة)** أي كيف سرق لاحتمال كونه سرق على كيفية لا يقطع معها كأن نقب الجدار وأدخل يده فأخرج المتاع فإنه لا يقطع على ظاهر المذاهب الثلاثة، وأخرج بعض النصاب ثم عاد وأخرج البعض الآخر أو ناول رفيقاً له على الباب فأخرجه ويسألهما **(عن ماهيتها)** فإنها تطلق على استراق السمع والنقص من أركان الصلاة **(وعن زمانها)** لاحتمال التقادم، وعند التقادم إذا شهدوا يضمن المال ولا يقطع على ما مر، وتقدم أيضاً ما أورد من أن التقادم ينبغي أن لا يمنع قبول الشهادة على القطع لأن الشاهد لا يتهم في تأخيره لتوقفه على الدعوى وتقدم جوابه للمصنف ولقاضيخان، ويسألهما عن المكان لاحتمال أنه سرق في دار الحرب من مسلم، وهذا بخلاف ما لو كان ثبوت السرقة بالإقرار حيث لا يسأل القاضي المقر عن الزمان لأن التقادم لا يبطل اقرار ولا يسأل المقرّ عن المكان لكن يسأله عن باقي الشروط من الحرز وغيره اتفاقاً. وفي الكافي: وعن المسروق إذ سرقة كل مال لا توجب القطع كما في الثمر والكمثري وقدره لاحتمال كونه دون نصاب، وعن المسروق منه لأن السرقة من بعض الناس لا توجب القطع كذي الرحم المحرم ومن الزوج. وقال في المبسوط: لم يذكر محمد السؤال عن المسروق منه لأنه حاضر يخاصم والشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة إلى السؤال عنه، وأنت تعلم أن شهادتهم بأنه سرق من هذا الحاضر وخصومة الحاضر لا يستلزم بيانهما النسبة من السارق ولا الدعوى تستلزم أن يقول سرق مالي وأنا مولاه أو جده، وإنما يسأل عن هذه الأمور احتياطاً للدرء، وإذا بينوا ذلك على وجه لا يسقط الحد، فإن كان القاضي عرف الشهود بالعدالة قطعه، وإن لم يكن يعرف حالهم حبس المشهود عليه حتى يعدلوا لأنه صار متهماً بالسرقة، والتوثق بالتكفيل ممتنع لأنه لا كفالة في الحدود وهنا نظر، وهو أن إعطاء الكفيل بنفسه جائز، وعلى قول أبي يوسف يجبر، ولم يقع تفصيل في هذا الحكم: أعني حبسه عند إقامة البينة حتى يزكوا، ومقتضى ما ذكر من أنه يحبس بتهمة ما يوجب الحد لا التعزير بسبب أنه صار متهماً بالفساد أنه لو صح التكفيل ينبغي أن لا يعدل عن

فيما إذا ثبت بالإقرار. قلنا: إن الجواب قد تقدم في باب الشهادة على الزنا **(وعن مكانها)** لجواز أنه سرق من غير الحرز أو في دار الحرب. وقال في المحيط: ويسألهما عن المسروق منه أيضاً لجواز أن يكون المسروق منه ذا رحم محرم منه أو أحد الزوجين، ولعله مستغنى عنه لأن المسروق منه حاضر يخاصم والشهود تشهد بالسرقة منه فلا حاجة إلى السؤال عن ذلك. وقوله: **(ويحبسه)** أي المشهود عليه لأنه صار متهماً بالسرقة فيحبس لما روينا أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً بالتهمة. وقوله: **(وإذا اشترك جماعة)** ظاهر. واستشكل بما إذا قتل جماعة واحداً فإنهم يقتلون كلهم وإن لم يوجد من كل واحد منهم القتل على الكمال. وأجيب بأن القصاص يتعلق بإخراج الروح وهو لا يتجزأ فيضاف إلى كل منهم كملاً، والله أعلم.

. . . .

حبسه بسبب ما لزمه من التهمة بالفساد في الأرض، ولذا ذكر في الفتاوى: من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن إلى أن يظهر التوبة، بخلاف من يبيع الخمر ويشتري ويترك الصلاة فإنه يحبس ويؤدب ثم يخرج. وفي التجنيس من علامة النوازل: لص معروف بالسرقة وجده رجل يذهب في حاجة له غير مشغول بالسرقة ليس له أن يقتله، وله أن يأخذه، وللإمام أن يحبسه حتى يتوب لأن الحبس زجراً للتهمة مشروع، وإذا عدل الشاهدان والمسروق منه غائب لم يقطعه إلا بحضرته، وإن كان حاضراً والشاهدان غائبان لم يقطع أيضاً حتى يحضرا، وكذلك في الموت، وهذا في كل الحدود سوى الرجم ويمضي القصاص إن لم يحضروا استحساناً هكذا في كافي الحاكم قوله: **(وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع، وإن أصاب أقل لا يقطع)** ومعلوم تقييد قطعهم بما إذا لم يكن منهم أحد ذو رحم محرم من المسروق منه ولا صبيّ، وعند مالك يقطعون وإن لم يصب أحدهم نصاب بعد كون تمام المسروق ثلاثة دراهم لدخولهم تحت النص. قلنا: القطع لكل سارق بسرقته نصاباً ولم يوجد فلا يجب الحد: يعني أنه وجد من كل منهم جناية السرقة وذلك لا يوجب القطع بمجرده بل حتى يكون ما سرقه نصاباً، والله أعلم.

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

(ولا قطع فيما يوجد تافهاً مباحاً في دار الإسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة) والأصل فيه حديث عائشة قالت؛ كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام في

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ما يقطع فيه هو المسروق، وهو متعلق السرقة إذ هو محلها فهو ثان بالنسبة إلى نفس الفعل فلذا أخره عن بيان السرقة وما يتصل بها قوله: (لا قطع فيما يوجد تافهاً مباحاً في دار الإسلام) أي إذا سرق من حرز لا شبهة فيه بعد أن أخذ وأحرز وصار مملوكاً. التافه والتفه: الحقير الخسيس من باب لبس (كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد) برياً أو بحرياً (والزرنيخ والمغرة) وهو بفتح الغين المعجمة: الطين الأحمر ويجوز إسكانها (والنورة) قوله: (الأصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها) هو ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه. ومسنده: حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن هشام بن عروة، عن عروة، عن عائشة قالت: لم يكن السارق يقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه. زاد في مسنده: ولم يقطع في أدنى من ثمن حجفة أو ترس [(١)] . ورواه مرسلاً أيضاً: حدثنا وكيع عن هشام بن عروة عن أبيه، وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه: أخبرنا ابن جريج عن هشام به، وكذا إسحاق بن راهويه. أخبرنا عيسى بن يونس عن هشام، ورواه ابن عدى في الكامل مسنداً أخرجه عن عبد الله بن قبيصة الفزاري عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة، ولم يقل في عبد الله هذا شيئاً إلا أنه قال لم يتابع عليه، ولم أر للمتقدمين فيه كلاماً فذكرته لأبين أن في رواياته نظراً[(٢)] ، ولا يخفى أن هذه المرسلات كلها حجة [(٣)] وقد تقدم وصله من حديث ابن أبي شيبة ومتابعة عبد الرحيم بن سليمان، وإذا عرف هذا فقال المصنف (ما يوجد جنسه مباحاً في الأصل بصورته) أي الأصلية بأن لم تحدث

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لما فرغ من ذكر تفسير السرقة وشروطها وما يتعلق بها ذكر في هذا الباب مسروقاً يوجب القطع ومسروقاً لا يوجبه وإن وجد فيه النصاب، ولا يرد ما قيل كان الواجب أن يذكر قوله وإذا اشترك جماعة في سرقة في هذا الباب، لأنه إن أصاب كل واحد منهم نصاب كان مما يقطع فيه، وإن أصابه أقل كان مما لا يقطع فيه لأن هذا الباب لبيان ما يقطع فيه وما لا يقطع بعد وجود النصاب

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

قوله: (ولا يرد ما قيل) أقول: القائل هو الإتقاني.

---

(١) ضعيف بهذا اللفظ. أخرجه البيهقي ٨/ ٢٥٥ وابن أبي شيبة وعبد الرزاق وإسحق كما في نصب الراية ٣/ ٣٦٠ من طرق كلهم عن هشام عن عروة مرسلاً.

قال البيهقي: ورواه عبيدة بن سليمان، وميّز كلام عروة من كلام عائشة، والكلام الأخير في الحديث المرسل هو من كلام عروة. ثم أسنده البيهقي عن هشام قال: قال أبي: إن أبي قال إن اليد لا تقطع في الشيء التافه ثم قال: حدثتني عائشة: «أنه لم تكن تقطع اليد في عهد رسول الله ﷺ في أدنى من ثمن حجفة أو ترس» اهـ.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل ٤/ ١٩٢ من حديث عائشة. وفي إسناده عبد الله بن قبيصة الكوفي

وقال: لم يتابع عليه، وفي بعض حديثه نكرة اهـ.

وجاء في اللسان لابن حجر: ضعفوه.

(٣) قلت: وأحسن منها ما رواه الشيخان من حديث عائشة وابن عمر: «تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً»

ورواية: لا تقطع إلا . . . فلماذا المرسل والضعيف طالما هناك صحاح!.

الشيء التافه، أي الحقير، وما يوجد جنسه مباحاً، في الأصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به، فقلما يوجد أخذه على كره من المالك فلا حاجة إلى شرع الزاجر، ولهذا لم يجب القطع في سرقة ما دون النصاب ولأن الحرز فيها ناقص؛ ألا يرى أن الخشب يلقى على الأبواب وإنما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفرّ وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة، والحد يندرىء بها. ويدخل في

فيه صنعة متقومة (غير مرغوب فيه حقير) فيكون متناول النص فلا يقطع بالحديث المذكور والكتاب مخصوص بقاطع فجاز مطلقاً وقوله: (بصورته) ليخرج الأبواب والأواني من الخشب، و (غير مرغوب فيه) ليخرج نحو المعادن من الذهب والفضة والصفر واليواقيت واللؤلؤ ونحوها من الأحجار لكونها مرغوباً فيها فيقطع في كل ذلك، وعلى هذا نظر بعضهم في الزرنيخ فقال: ينبغي أن يقطع به لأن يحرز ويصان في دكاكين العطارين كسائر الأموال، بخلاف الخشب، لأنه إنما يدخل الدور للعمارة فكان إحرازه ناقصاً، بخلاف الساج والآبنوس، واختلف في الوسمة والحناء والوجه القطع لأنه جرت العادة بإحرازه في الدكاكين. وقوله: (تقل الرغبات فيه) يعني فلا تتوفر الدواعي على استحصاله وعلى المعالجة في التوصل إليه (ولا تضن به الطباع) إذا أحرز، حتى أنه (قلما يوجد أخذه على كره من المالك) ولا ينسب إلى الجناية بناء على أن الضنة بها تعد من الخساسة، وما هو كذلك لا يحتاج إلى شرع الزاجر فيه كما دون النصاب. قال المصنف (ولأن الحرز فيها ناقص) فإن الخشب بصورته الأولى يلقى على الأبواب، وإنما يدخل في الدار للعمارة لا للإحراز، وذلك في زمانهم، وأما في زماننا فيحرز في دكاكين التجار. قال: (والطير يطير) يعني من شأنه ذلك وبذلك تقل الرغبات فيه، والوجه أن قوله والطير يطير من بيان نقصان الحرز إلا أن هذا الوجه قاصر عن جميع صور الدعوى (وكذا الشركة العامة التي كانت فيه) أي في الصيد قبل الإحراز بقوله عليه الصلاة والسلام «الصيد لمن أخذه»[1] (وهو) حال كونه (على تلك الصفة) أي الأصلية (تورث) الشركة العامة فيه (شبهة) بعد الإحراز فيمتنع القطع. والوجه أن يحمل على أن الشبهة العامة الثابتة في الكل بالإباحة لأصلها ثابتة بالإجماع، وأما قوله عليه الصلاة والسلام «الناس شركاء في ثلاثة» فإنما يتناول الحشيش والقصب بلفظ الكلإ ففيه قصور أيضاً. قال: (ويدخل في السمك المالح والطري) وصوابه السمك المليح أو المملوح (وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا) يعني قوله والطير يطير فيقل إحرازه عنه. وأما قوله: (ولإطلاق قوله ﷺ «لا قطع في الطير»)[2] فحديث لا يعرف رفعه. بل رواه عبد الرزاق بسند

قوله: (لا قطع فيما يوجد تافهاً) ظاهر، والمغرة بالفتحات الثلاث الطين الأحمر، وتسكين الغين فيه لغة. وقوله: (وما يوجد جنسه) مبتدأ، وقوله حقير خبره. وقوله: (بصورته) احتراز عن الأبواب والأواني المتخذة من الخشب والحصر البغدادية، فإن في سرقتها القطع وإن كان أصلها من الخشب، وأصل الحصير يوجد مباحاً لتغيرها عن صورتها الأصليَة بالصنعة المتقوّمة. وقوله: (غير مرغوب فيه) نصب على الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فإنها توجد مباحاً في دار الإسلام ولكنها مرغوب فيها وظاهر المذهب. وروى هشام عن محمد: إذا سرقها على الصورة التي توجد مباحة وهي أن تكون مختلطة بالحجر والتراب لا يقطع. وجه الظاهر أنها ليست بتافه جنساً، فإن كل من يتمكن من أخذه لا يتركه عادة. وقوله: (تقل الرغبات

قال المصنف: (غير مرغوب) أقول: قال السكاكي وصاحب النهاية: قوله غير بالنصب صفة لقوله مباحاً، وأما الشارح جعله حالاً.

---

(١) لا أصل له. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٣١٨/٤، ٣١٩: غريب. ثم ذكر الزيلعي قصة وفيها هذا الخبر مرفوعاً. وتعقبه ابن حجر في الدراية ٢٥٦/٢ فقال: الحديث لم أجد له أصلاً وأما الحكاية فهي موضوعة.

(٢) لا أصل له مرفوعاً. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٦٠ غريب مرفوعاً. ووافقه المصنف ابن الهمام.
وقال ابن حجر في الدراية ١٠٩/٢: لم أجده مرفوعاً.
ثم ذكر أنه ورد عن عثمان موقوفاً رواه ابن أبي شيبة، وعبد الرزاق في مصنفيهما، وسكتا عليه مع أن مداره على جابر الجعفي، وهو واهٍ. لكن يؤيده حديث السائب بن يزيد الآتي عنه، وهو موقوف أيضاً.

السمك المالح والطري، وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام «لا قطع في الطير» وعن أبي يوسف أنه يجب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي، والحجة عليهما ما ذكرنا. قال: (**ولا قطع فيما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة**) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا قطع في

فيه جابر الجعفي عن عبد الله بن يسار، قال: أتي عمر بن عبد العزيز برجل سرق دجاجة فأراد أن يقطعه، فقال له سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان: لا قطع في الطير، ورواه ابن أبي شيبة عن عبد الرحمن بن مهدي عن زهير بن محمد عن يزيد بن خصيفة قال: أتي عمر بن عبد العزيز برجل قد سرق طيراً فاستفتى في ذلك السائب بن يزيد، فقال: ما رأيت أحداً قطع في الطير، وما عليه في ذلك قطع، فتركه عمر. فإن كان هذا مما لا مجال للرأي فيه فحكمه حكم السماع، وإلا فتقليد الصحابي عندنا واجب لما عرف قوله: (**وعن أبي يوسف أنه يجب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين**) وروي عنه إلا في الماء والتراب والطين والجص والمعازف والنبيذ، لأن ما سوى هذه أموال متقومة محرزة فصارت كغيرها، والإباحة الأصلية زالت وزال أثرها بالإحراز بعد التملك (**وهو قول الشافعي والحجة عليهما ما ذكرنا**) من حديث عائشة وثبوت الشبهة قوله: (**ولا قطع فما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم**) والخبز أيضاً ذكره في الإيضاح وشرح الطحاوي، ولا فرق في عدم القطع باللحم بين كونه مملوحاً قديداً أو غيره (**والفواكه الرطبة**) وعن أبي يوسف يقطع بها وبه قال الشافعي لما روي عنه عليه الصلاة والسلام من رواية أبي داود والنسائي وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه عبد الله بن عمر «أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن الثمر المعلق فقال: من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثله، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع»[1] أخرجه أبو داود عن ابن عجلان، وعن الوليد بن كثير وعن عبيدالله بن الأخنس وعن محمد بن إسحاق أربعتهم عن عمرو بن شعيب به. وأخرجه النسائي أيضاً من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحرث وهشام بن سعد عن عمرو بن شعيب به، وفي رواية «أن رجلاً من مزينة سأل رسول الله ﷺ عن الجريسة التي تؤخذ من مراتعها فقال: فيها ثمنها مرتين، وضرب ونكال، وما أخذ من عطنه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن، قال: يا رسول الله فالثمار وما أخذ منها في أكمامها؟ فقال: من أخذ بفمه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء، ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب ونكال، وما أخذ من أجرانه ففيه القطع» رواه أحمد والنسائي، وفي لفظ «ما ترى في الثمر المعلق؟ فقال: ليس في شيء من الثمر المعلق قطع إلا ما أواه الجرين، فما أخذ من الجرين فبلغ

فيه) جملة استئنافية. وقوله: (**والطباع لا تضن به**) أي لا تبخل بفتح الضاد وهو الأصل وجاء بالكسر أيضاً. وقوله: (**فقلما يوجد أخذه على كره من المالك**) أي قليل وجود لحوق الملالة بالمالك عند أخذ هذه الأشياء منه، بل يرضى بالأخذ توقياً عن لحوق سمة خساسة الهمة وتفادياً عن نسبته إلى دناءة الطبيعة فلا حاجة إلى شرع الزواجر. وقوله: (**والطير يطير والصيد يفرّ**) يعني لما كان الأمر كذلك قلت الرغبة فلا تشرع الزواجر في مثله وهو معطوف على قوله الخشب يلقى على الأبواب. وقوله: (وكذا

قوله: (**لحوق الملالة**) أقول: الظاهر أن يقال لحوق المشقة قوله: (**يعني كان الأمر كذلك الخ**) أقول: الأولى أن يقال ولما كان الأمر كذلك كان في حرزه نقصان، فإن قوله ألا يرى أن الخشب الخ تنوير لنقصان الحرز.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ١٧١٠ و ٤٣٩٠ والترمذي ١٢٨٩ والنسائي ٨/ ٨٥ ـ ٨٦ وابن ماجه ٢٥٩٦ والحاكم ٤/ ٣٨١ والبيهقي ٨/ ٢٧٨ والطحاوي في المعاني ٣/ ١٧٣ وابن الجارود ٨٢٧ وأحمد ٢/ ١٨٦ ـ ٢٠٣ ـ ٢٠٧ من عدة طرق كلهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مع اختلاف في ألفاظه، ورواية: رجلاً من مزينة. والإسناد إلى عمرو صحيح رواه غير واحد من الثقات وسلسلة عمرو بن شعيب عن آبائه من نوع الحسن. ولهذا حسنه الترمذي. وأما الحاكم، فصححه ضمناً حيث قال: قال إمامنا إسحق بن راهوية إذا كان الراوي عن عمرو بن شعيب ثقة، فهو كأيوب في نافع عن ابن عمر. اهـ ووافقه الذهبي. وتقدم أن عدة رووه عن عمرو بن شعيب. وقد ذكرهم المصنف ابن الهمام كما ترى.

ثمر ولا كثر» والكثر الجمار، وقيل الودى. وقال عليه الصلاة والسلام «لا قطع في الطعام» والمراد والله أعلم ما يتسارع

ثمن المجن ففيه القطع، وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات ونكال»(١) ورواه احاكم بهذا المتن، وقال: قال إمامنا إسحاق بن راهويه، إذا كان الراوي عن عمرو بن شعيب ثقة فهو كأيوب عن نافع عن ابن عمرو(٢) رواه ابن أبي شيبة، ووقفه على عبد الله بن عمر وقال: ليس في شيء من الثمار قطع حتى يأوى الجرين. وأخرجه عن ابن عمر مثله سواء.(٣) أجاب (**بأنه أخرجه على وفق العادة، والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع**) لكن ما في المغرب من قوله: الجرين المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وجمعه جرن يقتضي فيه الرطب في زمان وهو أول وضعه، واليابس وهو الكائن في آخر حاله فيه، ثم ليس في هذه الأحاديث لفظ الجران، وكأنه وقع في بعض الألفاظ الجران فذكره المصنف على الشك. وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه إلى منخره، والجمع جن، فجاز أن يسمى به ههنا الجراب المتخذ منه فكأنه قال حتى يؤويه المربد أو الجراب، ثم المعنى من قوله حتى يؤويه الجرين: أي المربد حتى يجف: أي حتى يتم إيواء الجرين إياه فإنه عند ذلك ينقل عنه ويدخل الحرز، وإلا فنفس الجرين ليس حرزاً ليجب القطع بالأخذ منه، اللهم إلا أن يكون له حارس يترصده، والجواب أنه معارض بإطلاق قوله ﷺ «لا قطع في ثمر ولا كثر»(٤) وقوله: «لا قطع في الطعام»(٥) أما الأول فرواه الترمذي عن الليث بن سعد

. . . .

(١) هذا اللفظ عند الحاكم وتقدم في الذي قبله.

(٢) وقع في الأصل: ابن عمرو. وصوابه: ابن عمر كما في المستدرك وغيره.

تنبيه: كلام الحاكم إلىٰ هنا. أما ما بعده، فهي روايات ساقها الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٦٣ ورواية ابن أبي شيبة الموقوفة واهية لأن فيها الحجاج بن أرطاة، وهو واهٍ. وأما وروده عن ابن عمر موقوفاً، فلا يعلل الرواية الحسنة الإسناد، والتي جاءت مرفوعة من حديث عبد الله بن عمرو ابن العاص.

(٣) تقدم جوابه في الذي قبله وهو موقوف.

(٤) جيد. أخرجه الترمذي ١٤٤٩ والنسائي ٨/ ٨٧ ـ ٨٨ وابن ماجه ٢٥٨٣ والدارمي ٢/ ١٧٤ وابن الجارود ٨٢٦ وابن حبان ٤٤٦٦ والشافعي ٢/ ٨٤ والحميدي ٤٠٧ والطحاوي ٣/ ١٧٢ من طرق كلهم عن محمد بن يحيىٰ بن حبان عن عمه حبان بن واسع فذكره بمثل اللفظ الآتي بعد حديث وفيه قصة مروان. ورواه بعضهم بدون قصة. وإسناده صحيح رجاله ثقات كلهم، وهو علىٰ شرط مسلم. وأخرجه أبو داود ٤٣٨٨ و ٤٣٨٩ والنسائي ٨/ ٨٧ ـ ٨٨ والدارمي ٢/ ١٨٤ ومالك ٢/ ٨٣٩ والطحاوي ٣/ ١٧٢ وعبد الرزاق ١٨٩١٦ والبغوي ٢٦٠٠ والطبراني ٤٣٣٩ و ٤٣٤١ و ٤٣٤٢ و ٤٣٤٣ والبيهقي ٨/ ٢٦٢ ـ ٢٦٣ من طرق كثيرة كلهم عن محمد بن يحيى بن حبان لكن بعضهم.

قال: عن رجل من قومه عن رافع بن خديج.

وبعضهم لم يذكر واسطة. وبعضهم ذكر عن عمه له عن رافع بن خديج. ورواية للدارمي ٢/ ١٧٤ ـ ١٧٥ والنسائي ٨/ ٨٨ عن أبي ميمون عن رافع لكن قال النسائي هذا خطأ أبو ميمون لا أعرفه.

قلت: وقد توبع محمد بن يحيىٰ بن حبان فقد أخرجه عبد الرزاق ١٨٩١٧ والنسائي ٨/ ٨٦ ـ ٨٧ والطبراني ٤٢٧٧ كلهم من طريق القاسم بن محمد عن رافع به.

وله شاهد أخرجه ابن ماجه ٢٥٩٤ من حديث أبي هريرة مختصراً بلفظ: «لا قطع في ثمر ولا كثر» وإسناده ضعيف لكنه شاهد، فالحديث حسن صحيح إن شاء الله تعالىٰ. وقال ابن حجر في التلخيص ٤/ ٦٥: قال الطحاوي: هذا الحديث تلقته العلماء بالقبول اهـ.

وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٦٢: وتأول الشافعي الثمر في هذا الحديث ما كان معلقاً في النخل قبل أن يُجذَّ ويُحرزُ بدليل حديث عمرو بن شعيب: إلا ما آواه الجرين اهـ.

وهكذا جمع الطحاوي في المعاني ٣/ ١٧٣ بين الحديثين فقال: فرق النبي ﷺ في الثمار المسروقة بين ما آواه الجرين وبين ما كان في شجره. فما آواه الجرين فيه القطع وما لم يأوه فيه النكال والغرم.

ثم قال: فيستوي هكذا الأثران ولا يتضادّان وهو مذهب أبي يوسف اهـ باختصار.

(٥) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي ٣/ ٣٦٢، وابن حجر في الدراية ٢/ ١٠٩ حيث قال: لم أجده بهذا اللفظ. ثم ذكراه عن الحسن مرسلاً بلفظ: إني لا أقطع في الطعام. وقالا: رواه أبو داود في مراسيله، وابن أبي شيبة، وعبد الرزاق وقال الزيلعي، ذكره عبد الحق، ولم يعله بغير الإرسال، ووافقه ابن القطان: وزاد عبد الرزاق، وقال سفيان: هو الطعام الذي يفسد من نهاره كالثريد واللحم.

إليه الفساد كالمهيإ للأكل منه وما في معناه كاللحم والثمر لأنه يقطع في الحنطة والسكر إجماعاً. وقال الشافعي: يقطع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام «لا قطع في ثمر ولا كثر» فإذا آواه الجرين أو الجران قطع» قلنا: أخرجه على وفاق

والنسائي وابن ماجه عن سفيان بن عيينة كلاهما عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان: أن غلاماً سرق ودياً من حائط، فرفع إلى مروان فأمر بقطعه، فقال رافع بن خديج: قال النبي ﷺ «لا قطع في ثمر ولا كثر»(١). ورواه ابن حبان في صحيحه مرتين في القسم الأول، وفي القسم الثاني. قال عبد الحق: هكذا رواه سفيان بن عيينة، ورواه غيره ولم يذكروا فيه واسعاً انتهى. وكذا رواه مالك. والحاصل أنه تعارض الانقطاع والوصل، والوصل أولى لما عرف أنه زيادة من الراوي الثقة، وقد تلقت الأمة هذا الحديث بالقبول فقد تعارضا في الرطب الموضوع في الجرين، وفي مثله من الحدود يجب تقديم ما يمنع الحد درءاً للحد، ولأن ما تقدم متروك الظاهر فإنه لا يضمن المسروق بمثلي قيمته، وإن نقل عن أحد فعلماء الأئمة على خلافة لأنه لا يبلغ قوة ثبوت كتاب الله تعالى، وهو قوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة ١٩٤] فلا يصح عنه عليه الصلاة والسلام ذلك، ففيه دلالة الضعف أو النسخ فينفرد هذا الحديث عن المعارض، فبطل قول من قال بتقيد حديث والثمر والكثر بهذا التفصيل: يعني يفصل الحديث المذكور بين أن يأكله من أعلى النخل فلا شيء عليه، أو يخرجه ففيه ضعف قيمته. وجلدات نكال، أو يأخذه من بيدره فيقطع والكثر الجمار. وقيل هو الودي وهو صغار النخل، وجزم في المغرب أنه أخطأ. وأما الحديث الثاني فأخرجه أبو داود في المراسيل عن جرير بن حازم عن الحسن البصري أن النبي ﷺ قال «إني لا أقطع في الطعام»(٢) وذكره عبد الحق ولم يعله بغير الإرسال، وأنت تعلم أنه ليس بعلة عندنا فيجب العمل بموجبه، وحينئذ يجب اعتباره في غير محل الإجماع ولما كان الإجماع على أنه يقطع في الحنطة والسكر لزم أن يحمل على ما يتسارع إليه الفساد كالمهيإ للأكل منه وما في معناه كاللحم والثمار الرطبة مطلقاً في الجرين وغيره. هذا والقطع في الحنطة. وغيرها إجماعاً إنما هو في غير سنة القحط، وأما فيها فلا سواء كان مما يتسارع إليه الفساد أو لا لأنه عن ضرورة ظاهر، أو هي تبيح التناول، وعنه عليه الصلاة والسلام «لا قطع في مجاعة مضطر»(٣) وعن عمر رضي الله عنه

الشركة العامة التي كانت فيه) أي فيما يوجد جنسه مباحاً (وهو على تلك الصفة) أي الصفة التي كان عليها وهي مشتركة يحترز به عن الأبواب والأواني المتخذة من الخشب كما ذكرنا (تورث الشبهة) أي شبهة الإباحة بعد إحرازه (والحد يندرىء بها) وفي التعبير بالشركة العامة إشارة إلى قوله ﷺ «الناس شركاء في ثلاثة: في الكلإ، والماء، والنار» وقوله: (لما ذكرنا) يعني قوله والطير يطير والصيد يفر والسمك المالح هو المقدّد الذي فيه الملح. وقوله: (والحجة عليهما ما ذكرنا) يعني حديث عائشة وما ذكر بعده. والجمار شحم النخل وهو شيء أبيض يقطع من رؤوس النخل ويؤكل، والودي صغار النخل. وقوله: (كالمهيإ للأكل) يعني مثل الخبز واللحم وأمثالهما لأنه يقطع في الحنطة والسكر بالإجماع إذا لم يكن العام عام مجاعة وقحط، أما إذا كان فلا قطع سواء كان مما يتسارع إليه الفساد أو لا. وقوله: (كاللحم والثمر) اللحم راجع إلى قوله كالمهيإ للأكل منه، والثمر راجع إلى قوله وما في معناه فكان كلامه لفاً ونشراً وقال الشافعي رضي الله عنه: (يقطع فيها) أي فيما ذكرنا من اللبن واللحم والفواكه الرطبة والطعام (والجرين) المربد: وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف، وقيل هو موضع يدخر فيه التمر (والجران) مقدم عنق

---

(١) تقدم قبل حديث واحد.

(٢) مرسل. تقدم في الذي قبله.

(٣) غريب مرفوعاً. والصواب أنه ورد عن عمر. رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ١١/ ٧٤ وكذا الجوزجاني في جامعه كما في تلخيص الحبير ٤/ ٧٠ كلاهما عن عمر قال: «لا تقطع اليد في غدق، ولا في عام سنة».
قال الجوزجاني: فسألت أحمد عنه فقال: الغدق النخلة، وعام سنة المجاعة. فقلت لأحمد: تقول به؟ قال: إي لعمري. وفي إسناده إلى عمر حسان بن زاهر وشيخه حصين بن حدير وثقهما ابن حبان.
فالخبر موقوف حسن إن شاء الله تعالى، وأما المرفوع فلو ورد لما خفي على أحمد، ولا على الجوزجاني وغيرهما.

العادة، والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع. قال: (ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد) لعدم الإحراز (ولا قطع في الأشربة المطربة) لأن السارق يتأول في تناولها الإراقة، ولأن بعضها ليس بمال، وفي مالية بعضها اختلاف فتتحقق شبهة عدم المالية. قال: (ولا في الطنبور) لأنه من المعازف (ولا في سرقة المصحف وإن كان عليه حلية) وقال الشافعي: يقطع لأنه مال متقوّم حتى يجوز بيعه، وعن أبي يوسف مثله. وعنه

«لا قطع في عام سنة» قوله: (ولا قطع في الأشربة المطربة) أي المسكرة. والطرب استخفاف العقل، وما يوجب الطرب شدة حزن وجزع فيستخف العقل فيصدر منه ما لا يليق كما تراه من صياح الثكليات وضرب خدودهن وشق جيوبهن فيما لا يجدي نفعاً ويسلب أجر مصيبتهن ثم يوجب لعنهن من الله تعالى ورسوله، أو شدة سرور فيوجب ما هو معهود من الشمالى والمسئلة بلا خلاف، ما عند الأئمة الثلاثة فلأنها كالخمر عندهم، وعندنا إن كان الشراب حلواً فهو مما يتسارع إليه الفساد؛ وإن كان مراً فإن كان خمراً، فلا قيمة لها، وإن كان غيرها فللعلماء في تقومه اختلاف فلم يكن في معنى ما ورد به النص من المال المتقوّم فلا يلحق به في موضع وجوب الدرء بالشبهة، ولأن السارق يحمل حاله على أنه يتأول فيها الإراقة فتثبت شبهة الإباحة بإزالة المنكر، وفي سرقة الأصل يقطع بالخل ونقل الناطفي من كتاب المجرد قال أبو حنيفة: لا قطع في الخل لأنه قد صار خمراً مرة. وفي نوادر ابن سماعة براوية عليّ بن الجعد: لا قطع في الربّ والجلاب قوله: (ولا في الطنبور) ونحوه من آلات الملاهي بلا خلاف أيضاً لعدم تقومها حتى لا يضمن متلفها، وعند أبي حنيفة وإن ضمنها لغير اللهو، إلا أن يتأول آخذه للنهي عن المنكر والمعازف جمع المعزف وهي آلة اللهو قوله: (ولا في سرقة المصحف وإن كان عليه حلية. وقا الشافعي) ومالك وهو رواية عن أحمد (يقطع) وهو رواية عن أبي يوسف فيما إذا بلغت حليته نصاباً، وفي رواية أخرى عنه: يقطع مطلقاً لأنه مال محرز يباع ويشترى، ولأن ورقه مال وبما كتب فيه ازداد به ولم ينتقض. وفي رواية أخرى عن أحمد: إن أخذه يتأول القراءة لإزالة الإشكال لا يقطع (وجه الظاهر أن الآخذ يتأول في أخذه القراءة والنظر فيه) ولأن المالية للتبع وهي الحلية والأوراق لا للمتبوع وهو المكتوب (وإحرازه لأجله) والآخذ أيضاً يتأول أخذه لأجله لا للتبع (ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب) لا يقطع، وكمن سرق صبياً وعليه حلى كثير لا يقطع لأن المقصود ليس المال. قال في المبسوط: ألا ترى أنه لو سرق ثوباً لا يساوي عشرة ووجد في جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم بها لم أقطعه، وإن كان يعلم بها فعليه القطع. وعن أبي يوسف عليه القطع في الأحوال كلها لأن سرقته تمت في نصاب كامل، ولكنا نقول: إن السارق إنما قصد إخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم به، وإذا كان عالماً بالدراهم فقصده أخذ الدراهم، بخلاف ما إذا لم يعلمها فإن قصده الثوب وهو لا يساوي نصاباً، وقد تقدم في مثله أنه إن كان الثوب مما يجعل وعاء عادة للدراهم قطع وإلا لا. وهنا ردد بين العلم وعدمه. فالحاصل أنه يعتبر ظهور قصد المسروق، فإن كان الظاهر قصد النصاب من المال

البعير من مذبحه إلى منخره، والجمع جرن فجاز أن يسمى الجراب المتخذ منه فكان المراد منه أحد الظرفين، ويجوز أن يكون الشك من الراوي قلنا: (أخرجه على وفاق العادة) فإن في عادتهم أن الجرين لا يؤوي إلا اللباس من الثمر وفيه القطع في الرواية المشهورة. قال: (ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع) وكان هذا معلوماً من قوله والفاكهة الرطبة، لكن أعاده تمهيداً لقوله والزرع الذي لم يحصد لعدم الإحراز فيها، (ولا قطع في الأشربة المطربة) أي المسكرة. قال في الصحاح: الطرب خفة تصيب الإنسان لشدة حزن أو سرور، وفسر السكر في أصول الفقه بأنه غلبة سرور في العقل فالتقيا في معنى السرور فلذلك استعير الإطراب للإسكار. قال الإمام التمرتاشي: لا قطع في الأشربة المطربة المسكرة وهو يؤذن بصحة تفسير المطربة بالمسكرة. وقوله: (لأن بعضها ليس بمال) أي بمال متقوم كالخمر (وفي مالية بعضها اختلاف) يعني كالمنصف والباذق وماء الذرة والشعير لأنها عند أبي حنيفة رضي الله عنه متقومه خلافاً لهما، وإنما قيد الأشربة بكونها مطربة لما أنه ذكر في الإيضاح، ويقطع في الخل لأنه لا يتسارع إليه الفساد، كذا في النهاية. ونقل الناطفي عن كتاب المجرد عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال: لا قطع في الخل

أيضاً أنه يقطع إذا بلغت الحلية نصاباً لأنها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها. ووجه الظاهر أن الآخذ يتأول في أخذه القراءة والنظر فيه، ولأنه لا مالية له على اعتبار المكتوب وإحرازه لأجله لا للجلد والأوراق والحلية وإنما هي توابع ولا معتبر بالتبع، كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب، **(ولا قطع في أبواب المسجد)** لعدم الإحراز فصار كباب الدار بل أولى، لأنه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه. قال: **(ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد)** لأنه يتأول من أخذها الكسر نهياً عن المنكر، بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لأنه ما أعد للعبادة فلا تثبت شبهة إباحة الكسر. وعن أبي يوسف أنه إن كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز، وإن كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز **(ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن**

قطع وإلا لا. وعلى هذا فمسئلة العلم بالمصرور وعدمه صحيح، إلا أن كونه يعلم أو لا يعلم وهو المدار في نفس الأمر لا يطلع عليه ولا يثبت إلا بالإقرار، وما تقدم هو ما إذا لم يقرّ بعلمه بما في الثوب فإنه لا يقطع حتى يكون معه دلالة القصد إليه، وذلك بأن يكون كيساً فيه الدراهم فلا يقبل قوله لم أقصد لم أعلم قوله: **(ولا قطع في أبواب المسجد لعدم الإحراز)** وقال الشافعي: يقطع وبه قال ابن القاسم صاحب مالك لأنه محرز بإحراز مثله، وكذا يقطع عندهم في باب الدار، فقياسه عليه من رد المختلف إلى المختلف، والوجه ما قلنا، ولا شك في أنه إما ليس محرزاً أو في حرزه شبهة إذ هو باد للغادي والرائح ومعها ينتفي الحد، على أن المصنف لم يذكر ذلك في مقام نصب الخلاف ليلزمه ذلك بل أثبته لنفسه على أصوله فإنه لم ينصب خلافاً وإنما يعترض بذلك لو نصب الخلاف. وأفاد المصنف في أثناء المسئلة أنه لا قطع بسرقة متاع المسجد كحصره وقناديله لعدم الحرز، وكذا لا يقطع في أستار الكعبة وهو قول مالك وأحمد، والأصح من قول الشافعي لأنه لا مالك له، وبهذا الوجه ينتفي القطع في باب المسجد قوله: **(ولا في صليب من الذهب أو الفضة ولا الشطرنج)** ولو كان من ذهب وهو بكسر الشين بوزن قرطعب **(ولا النرد)** لأنه يتأول من أخذها الكسر: أي إباحة الأخذ للكسر **(نهياً عن المنكر)** فلا يجب إلا ضمان ما فيه من المالية، والصليب ما هو بهيئة خطين متقاطعين، ويقال لكل جسم صلب **(وعن أبي يوسف: إن كان الصليب في مصلاهم)** أي معابدهم **(لايقطع لعدم الحرز)** لأنه بيت مأذون في دخوله، وإن كان في يد رجل في حرز لا شبهة فيه يقطع لأنه مال محرز على الكمال، وجوابه ما ذكرنا من تأويل الإباحة، وهو عام لا يخص غير الحرز وهو المسقط قوله: **(ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلي)** يبلغ نصاباً، وقيد بالحر ليخرج العبد على ما سيأتي. والحلي بضم الحاء المهملة جمع حلى بفتحها ما يلبس من ذهب أو فضة أو جوهر **(وقال أبو يوسف: يقطع إذا بلغ ما عليه نصاباً لأنه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره، والخلاف في صبيّ لا يمشي ولا يتكلم)** فلو كان يمشي ويتكلم ويميز لا يقطع إجماعا لأن في يد نفسه فكان أخذه خداعاً ولا قطع في الخداع، وحيث لم يذكر الحاكم في الكافي الخلاف عن أصحابنا ومن ذكره كصاحب المختلف ذكر أنه ظاهر

لأنه قد صار خمراً مرة **(ولا في الطنبور لأنه في المعازف)** والمعازف آلات اللهو التي يضرب بها الواحد عزف رواية عن العرب. قوله: **(ولا في سرقة المصحف)** ظاهر **(والصليب)** شيء مثلث كالتمثال يعبده النصارى **(والشطرنج)** بكسر الشين **(والنرد)** معروفان، ولا قطع فيها وإن كانت من ذهب أو فضة. وقوله: **(إن كان الصليب في المصلى)** أي في موضع صلاة النصارى وهو معبدهم. وقوله: **(وما عليه من الحلي تابع)** لا يقال: يجوز أن يكون مقصوده من الأخذ هو الحلي فلا يكون تابعاً لأنه لو كان ذلك مقصوده لأخذ الحلي وترك الصبي. وقوله: **(لأنه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره)** معناه سرق ما يجب فيه القطع وما لا يجب، وضم ما لا يجب فيه القطع إلى ما يجب فيه القطع لا يسقطه، كما لو سرق ثوباً خلقاً لا يساوي نصاباً وفيه عشرة دراهم مضروبة. وقوله: **(وعلى هذا إذا سرق إناء فضة)** ظاهر. **(والدفاتر)** جمع دفتر وهي الكراريس، ولا قطع فيها كلها سواء كانت للتفسير أو للحديث أو للفقه لأن المقصود منها ما فيها وذلك ليس بمال إلا في دفاتر الحساب، لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ فكان المقصود هو الأوراق وهو مال متقوم، فإذا بلغ قيمته نصاباً يقطع، وعموم كلامه يشعر بأن دفاتر الأشعار كدفاتر الفقه في عدم

قوله: **(والمعازف آلات اللهو)** أقول: بالعين المهملة.

كان عليه حلي) لأن الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له، ولأنه يتأول في أخذه الصبي إسكاته أو حمله إلى مرضعته. وقال أبو يوسف: يقطع إذا كان عليه حلي هو نصاب لأنه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره، وعلى هذا إذا سرق إناء فضة فيه نبيذ أو ثريد، والخلاف في الصبيّ لا يمشي ولا يتكلم كي لا يكون في يد نفسه **(ولا قطع في سرقة العبد الكبير)** لأنه غصب أو خداع **(ويقطع في سرقة العبد الصغير)** لتحققها بحدها إلا إذا كان يعبر عن نفسه لأنه هو

الرواية. وروي عن أبي يوسف يقطع. قيل كان ينبغي للمصنف أن يقول وعن أبي يوسف وإلا أوهم أنه مذهبه المعول عليه عنده، وليس كذلك. وقال مالك والحسن والشعبي: يقطع بسرقة غير المميز الحر لأنه كالمال. وجه الظاهر أن الصبي إذا كان كما ذكرنا يكون هو المقصود بالأخذ دون ما عليه وإلا لأخذ ما عليه وتركه وهو ليس بمال، ولا قطع إلا بأخذ المال فلا يقطع وإن كان إثمه وعقابه أشد من سارق المال، ففي الحديث القدسي عن ربّ العزة جل جلاله «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه عمله ولم يوفه أجره»[1] لكن القطع الذي هو العقوبة الدنيوية لم يثبت عليه شرعاً. وأما التأويل الذي ذكره من قصد تسكيته أو إبلاغه إلى مرضعته فبعيد بعد فرض تحقق سرقته الظاهر منها خلافه **(وعلى هذا الخلاف إذا سرق إناء فضة فيه نبيذ أو ثريد)** أو كلباً عليه قلادة فضة يقطع على رواية أبي يوسف وهو قول الأئمة الثلاثة. ولأبي حنيفة ومحمد أن الإناء تابع، وإذا لم يجب في المتبوع القطع لم يجب في التابع، واعتقادي وجوب القطع في الإناء المعاين ذهبيته وإن كان فيه ما كان، فإن تبعيته باعتبار ما فيه لا باعتبار القصد بالأخذ إليه، بل الظاهر أن كلاً منهما أصل مقصود بالأخذ، بل القصد إليه أظهر منه إلى ما فيه لأنه يتوصل بماليته إلى أضعاف ما فيه، والمانع من القطع إنما هو التبعية في قصد الأخذ لا اعتبار غيره ولا ظاهر يفيده، وما يوافق ما ذكرناه ما في التجنيس من علامة العيون: سرق كوزاً فيه عسل وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم يقطع، وكذا إذا سرق حماراً يساوي تسعة وعليه إكاف يساوي درهماً، بخلاف ما لو سرق قمقمة[2] فيها ماء يساوي عشرة لأنه سرق ماء من وجه، وهو نظير ما تقدم من المبسوط فيمن سرق ثوباً لا يساوي عشرة مصرور عليه عشرة، قال: يقطع إذا علم أن عليه مالاً بخلاف ما إذا لم يعلم قوله: **(ولا قطع في سرقة العبد الكبير)** يعني العبد المميز المعبر عن نفسه بالإجماع، إلا إذا كان نائماً أو مجنوناً أو أعجمياً لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة فحينئذ يقطع، ذكر الاستثناء ابن قدامة ولم يذكره مشايخنا، بل نصوا على أنه لا قطع في الآدمي الذي يعقل سواء كان نائماً أو مجنوناً أو أعجمياً، وقالوا: هو ليس بسرقة، بل إما غصب أو خداع **(ويقطع في سرقة العبد الصغير)** الذي ليس كذلك بالإجماع لأنه مال متقوم، هكذا حكى الإجماع ابن المنذر مع أن أبا يوسف قال: أستحسن أن لا أقطعه لأنه مال من

وجوب القطع لكونها محتاجاً إليها لمعرفة اللغة ومعاني القرآن، والحاجة وإن قلت كفت لإيراث الشبهة، ومن الناس من ألحقها

قال المصنف: **(ويقطع في سرقة العبد الصغير)** أقول: فيه بحث، لأنه يمكن أن يتأول في أخذ إسكاته كما في الحر الصغير فتأمل في جوابه

---

(١) حسن. أخرجه البخاري ٢٢٢٧ و ٢٢٧٠ وابن ماجه ٢٤٤٢ وابن الجارود ٥٧٩ والطحاوي في مشكل الآثار ٤/ ١٤٢ وأبو يعلى ٦٥٧١ والبغوي ٢١٨٦ والبيهقي ٦/ ١٢١ وأحمد ٢/ ٣٥٨ من طرق كلهم عن يحيىٰ بن سُلَيْم الطائفي عن إسماعيل بن أمية عن سعيد المقبري عن أبي هريرة مرفوعاً. رووه مع تغير يسير في بعض ألفاظهم.

وفي إسناده مقال مع رواية البخاري له لأن الطائفي متكلم فيه، وقد قال الحافظ في التقريب عنه: صدوق سيء الحفظ. وانظر الميزان ٩٥٣٨ حيث فيه كلام.

لكن حديثه لا ينزل عن الحسن لا سيما وقد رواه البخاري. وقد قال ابن حجر في شرحه: ليس له في البخاري غير هذا الحديث موصولاً اهـ وتكلم عليه وحسن أمره.

(٢) القُمْقُمُ: آنية العطاء، وأيضاً: آنية من نحاس يُسخَّن فيه الماء وأهل الشام يقولون: غلاَّية. وهو رومي معرب. والقمقمة: وعاء من صفر ـ نحاس ـ له عروتان يستصحبه المسافر اهـ مصباح.

والبالغ سواء في اعتبار يده. وقال أبو يوسف: لا يقطع وإن كان صغيراً لا يعقل ولا يتكلم استحساناً لأنه آدمي من وجه مال من وجه، ولهما أنه مال مطلق لكونه منتفعاً به أو بعرض أن يصير منتفعاً به إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية (ولا قطع في الدفاتر كلها) لأن المقصود ما فيها وذلك ليس بمال (إلا في دفاتر الحساب) لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ فكان المقصود هو الكواغد. قال: (ولا في سرقة كلب ولا فهد) لأن من جنسها يوجد مباح الأصل غير مرغوب فيه ولأن

وجه آدمي من وجه، فصار كونه آدمياً شبهة في ماليته فيندرىء الحد، فالدفع منهما لا بد أن يتسلط على هذه النكتة فسوق استدلالهما كما قيل.

ولهما أن حقيقة السرقة وهو أخذ مال معتبر خفية من حرز لا شبهة فيه مع باقي الشروط قد وجدت فيجب القطع غير واف بالمقصود، وقول المصنف (ولهما أنه مال مطلق لأنه منتفع به) إن كان يمشي ويعقل (أو بعرض أن يصير منتفعاً به) إن كان بخلاف ذلك أحسن منه لتضمن لفظ مطلق منع أنَّ في ماليته شبهة وانضمام معنى الآدمية إليه لا يوجبها بعد صدق معنى المال الكامل عليه كيف وهو من أعز الأموال عند الناس وما فيه من المالية يصيره كمال فيما ليس بمال فسارقه كسارق درّة نفيسة فيما ليس بمال؛ ولو قال قائل بل المعنى على القلب وهو سرقة ما ليس بمال فيما هو مال لم يبعد فيقتصر على منع ثبوت الشبهة في ماليته بما قلنا قوله: (ولا قطع في الدفاتر كلها لأن المقصود ما فيها، وذلك ليس بمال إلا في دفاتر الحساب لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ) لأنه لا يستفيد الآخذ به نفعاً (فكان المقصود الكواغد) ويدخل في عموم: ولا يقطع في الدفاتر كلها الكتب المشتملة على علم الشريعة كالفقه والحديث والتفسير وغيرها من العربية والشعر. وقد اختلف في غيرها فقيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها، وقيل بكتب الشريعة لأن معرفتها قد تتوقف على اللغة والشعر، والحاجة وإن قلت كفت في إيراث الشبهة، ومقتضى هذا أنه لا يختلف في القطع بكتب السحر والفلسفة لأنه لا يقصد ما فيها لأهل الديانة فكانت سرقة صرفا، ولأن عدم القطع بإلحاقها بالكتب الشرعية وليست إياها إذ لا تتوقف معرفة الشريعة على ما فيها، بخلاف كتب الأدب والشعر، ويمكن في كتب الحساب والهندسة عدم القطع. وعند الأئمة الثلاثة يقطع بالكل من كتب الشريعة وغيرها، لأنها مال متقوم وأنت سمعت ما به الدفع قوله: (ولا في سرقة كلب ولا فهد) بالإجماع، خلافاً لأشهب قرين[1] ابن القاسم فإنه قال عدم القطع في المنهى عن اتخاذه، أما في المأذون في اتخاذه ككلب الصيد والماشية فيقطع، وقلنا هو مباح الأصل وبحسب الأصل هو (غير مرغوب فيه، ولأن الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة) فيها قوله: (ولا قطع في دفّ ولا طبل ولا بربط ولا مزمار) وكذا جميع آلات اللهو (لأن عندهما لا قيمة لها وعند أبي حنيفة يتأول في أخذها الكسر) وفي دال الدفّ الضم والفتح. واختلف في طبل الغزاة فقيل لا يقطع به، واختاره الصدر الشهيد لأنه يصلح للهو وإن كان وضعه لغيره، وقيل يقطع لأنه مال متقوم ليس موضوعاً للهو فليس آلة لهو قوله: (ويقطع في الساج والقنا والآبنوس) وهو بفتح الباء فيما سمع

بدفاتر الحساب لكونها غير محتاج إليها في معرفة أحكام الشرع (ولا قطع في سرقة كلب ولا فهد) وهو ظاهر (ولا في دفّ ولا طبل) والدفّ بضم الدال وفتحها الذي يلعب به، وهو نوعان مدور ومربع، والمراد بالطبل طبل اللهو، وأما طبل الغزاة فقد اختلف فيه المشايخ، واختار الصدر الشهيد عدم وجوب القطع لأنه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فتتمكن فيه الشبهة. وقوله: (لأن عندهما لا قيمة لها) بدليل أن متلفه لا يضمنه (وعند أبي حنيفة) وإن كان يجب الضمان على المتلف فهي متقومة، لكن (آخذها يتأول الكسر فيها) فكان ذلك شبهة (والساج) خشب يجلب من الهند (والقنا) بالكسر جمع قناة وهي خشبة الرمح و(الآبنوس) بمد

قال المصنف: (إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية) أقول: والانضمام غير التبعية فتأمل قوله: (وقوله لأن عندهما لا قيمة لها بدليل أن متلفه لا يضمنه) أقول: أي يدل عدم تضمين المتلف عندهما على أن مذهبهما ذلك يعني لا قيمة لهذه الأشياء عندهما فلا يقطع.

---

(١) وهما من أصحاب مالك بمنزلة محمد بن الحسن وأبي يوسف من أبي حنيفة.

الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة **(ولا قطع في دفّ ولا طبل ولا بربط ولا مزمار)** لأن عندهما لا قيمة لها وعند أبي حنيفة آخذها يتأول الكسر فيها **(ويقطع في الساج والقنا والأبنوس والصندل)** لأنها أموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الإسلام. قال: **(ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد)** لأنها من أعزّ الأموال وأنفسها لا توجد مباح الأصل بصورتها في دار الإسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة **(وإذا اتخذ من الخشب أواني وأبواباً قطع فيها)** لأنه بالصنعة التحق بالأموال النفيسة؛ ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصير لأن الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز، وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع في سرقتها للغلبة الصنعة على الأصل وإنما يجب القطع في غير المركب، وإنما يجب إذا كان خفيفاً لا يثقل على الواحد حمله لأن

(والصندل) والعود الرطب لأن كل هذه ليست مباحة في دار الإسلام وهو المعتبر، فأما كونها توجد مباحة في دار الحرب فليس فيه شبهة في سقوط القطع لأن سائر الأموال حتى الدنانير والدراهم مباحة في دار الحرب ومع هذا يقطع فيها في دارنا. وروى هشام عن محمد: لا قطع في العاج ما لم يعمل، وكذا نقل البقالي عن محمد في الآبنوس، والظاهر القطع كما ذكرنا، ومقتضى النظر عدم القطع في العاج لما قيل من نجاسة عين الفيل فإنه ينفي مالية العاج فحلت الشبهة في المالية **(ويقطع في الفصوص)** النفيسة **(والزبرجد لأنها من أعز الأموال، ولا توجد مباحة الأصل في دار الإسلام فصارت كالذهب)** قوله: **(وإذا اتخذ من الخشب أواني وأبواباً قطع فيها لأنه)** أي الخشب **(بالصنعة التحقت بالأموال النفيسة)** ولهذا تحرز **(بخلاف الحصير لأن الصنعة لم تغلب على الجنس)** لتنقطع ملاحظته بها فلم تخرج بها من كونها تافهاً بين الناس **(حتى أن الحصير يبسط في غير الحرز)** وكذا القصب المصنوع بواري، بخلاف الخشب فإن غلبة الصنعة فيه على الأصل فقطع فيما اتصلت به منه، حتى لو غلبت في الحصر أيضاً قطع فيها كالحصر البغدادية والعبدانية في ديار مصر والإسكندرانية وهي العبدانية، ويقطع عند الأئمة الثلاثة بالحصر مطلقاً. هذا وفي عيون المسائل: سرق جلود السباع المدبوغة لا يقطع، فإذا جعلت مصلى أو بساطاً يقطع. هكذا قال محمد؛ لأنها إذا جعلت ذلك خرجت من أن تكون جلود السباع لأنها أخذت اسماً آخر اهـ. وهذا ظاهر في أن غلبة الصنعة التي ينقطع حكم الجنس بها أن يتجدد لها اسم، وعلمت عدم القطع في الحصر التي ليست بنفيسة مع تجدد اسم آخر لها فليكن ذلك لنقصان إحرازها حيث كانت تبسط في غير الحرز أو لأن شبهة التفاهة فيها كما قالوا إنه لا يقطع في الملح لذلك؛ ولا يقطع في الآجر والفخار لأن الصنعة لم تغلب فيها على قيمتها، وظاهر الرواية في الزجاج أنه لا يقطع لأنه يسرع إليه الكسر فكان ناقص المالية. وعن أبي حنيفة يقطع كالخشب إذا صنع منه الأواني، ثم أنما يقطع في الباب المصنوع من الخشب إذا كان غير مركب على الجدار بل موضوع داخل الحرز، أما المركب فلا يقطع به عندنا فصار كسرقة ثوب بسط على الجدار إلى السكة، وغير المركب لا يقطع به إذا كان ثقيلاً لا يحمله الواحد لأنه لا يرغب فيه، ونظر فيه بأن ثقله لا ينافس ماليته ولا ينقصها، فإنما تقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة، ولو صح هذا امتنع القطع في فردة حمل من قماش ونحوه وهو منتف، ولذا أطلق الحاكم في الكافي القطع في كتاب الجامع. وفي الشامل في كتاب المبسوط: وقد مر أن

الهمزة وفتح الباء معروف. وقوله: **(ولا توجد بصورتها مباحة في دار الإسلام)** وإنما قيده بدار الإسلام لأن الأموال كلها باقية على الإباحة في دار الحرب... وقوله: **(وإذا اتخذ من الخشب أوان)** فرق بين العمل المتصل بالخشب والعمل المتصل بالحشيش بغلبة الصنعة على الأصل ففي الخشب تغلب الصنعة على الجنس فتخرجه عن الجنس المباح بازدياد يحصل في قيمته ويعزه بحيث أنهم يدخلونه في الحرز. وأما في الحشيش فليس كذلك ولهذا يفرشونه في غير الحرز، حتى لو غلب الصنعة على الأصل كالحصر البغدادية يجب القطع. وقوله: **(وإنما يجب القطع)** أي في الأبواب **(في غير المركب)** بالجدار، أما إذا كانت مركبة في الجدار فقلعها فأخذها فإنه لا يقطع لأن القطع إنما يكون في مال محرز لا فيما يحرز به، وما في البيت من المتاع فإنما يحرز بالأبواب المركبة فلا تكون محرزة، قيل هذا في الباب البراني، وأما في الباب الثاني في الداخل ففيه القطع لأنه محرز بالبراني.

الثقيل منه لا يرغب في سرقته (ولا قطع على خائن ولا خائنة) لقصور في الحرز (ولا منتهب ولا مختلس) لأنه يجاهر بفعله، كيف وقد قال عليه الصلاة والسلام «لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن» (ولا قطع على النباش) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف والشافعي: عليه القطع لقوله عليه الصلاة والسلام «من نبش قطعناه» ولأنه مال متقوم محرز يحرز مثله فيقطع فيه. ولهما قوله عليه الصلاة والسلام «لا قطع على المختفي» وهو النباش بلغة أهل

عند الأئمة الثلاثة يقطع في باب الدار لأنه مال متقوم ومحرز بحرز مثله فيه وحرز حائط الدار بكونه مبنياً فيها إذا كانت في العمران، وما كان حرزاً لنفسه يكون حرزاً لغيره، وهذا عندنا ممنوع، ولو اعتبر مثله أمكن اعتبار الحرز في كل شيء قوله: (ولا قطع على خائن ولا خائنة الخ) وهما اسما فاعل من الخيانة وهو أن يؤتمن على شيء بطريق العارية أو الوديعة فيأخذه ويدعي ضياعه، أو ينكر أنه كان عنده وديعة أو عارية، وعلله بقصور الحرز لأنه قد كان في يد الخائن وحرزه لا حرز المالك على الخلوص، وذلك لأن حرزه وإن كان حرزاً لمالك فإنه أحرزه بإيداعه عنده لكنه حرز مأذون للسارق في دخوله قوله: (ولا منتهب) لأنه مجاهز بفعله لا مختف فلا سرقة فلا تقطع (وكذا المختلس) فإنه المختطف للشيء من البيت ويذهب أو من يد المالك. وفي سنن الأربعة من حديث جابر عنه عليه الصلاة والسلام قال «ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع»[1] قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وسكت عنه ابن القطان وعبد الحق في أحكامه وهو تصحيح منهما، وتعليل أبي داود مرجوح بذلك[2]، وقد حكى الإجماع على هذه الجملة لكن مذهب

وقوله: (وإنما يجب إذا كان خفيفاً) ظاهر. وقوله: (ولا قطع على خائن) الخيانة هو أن يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون. والانتهاب أن يأخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة أو قرية. والاختلاس أن يأخذ من البيت سرعة جهرا. والوجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح. قال: (ولا قطع على النباش) اختلف الصحابة في مسئلة النباش؛ فقال عمر وعائشة وابن الزبير وابن مسعود رضي الله عنهم بوجوب القطع على النباش، وقال ابن عباس: لا قطع عليه، وقد اتفق على ذلك من بقى من الصحابة في عهد مروان على ما روي أن نباشاً أتى به مروان، فسأل الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا فيه شيئاً، فعزره أسواطاً ولم يقطعه. وبه

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٤٣٩١ و ٤٣٩٢ و ٤٣٩٣ والترمذي ١٤٤٨ والنسائي ٨/ ٨٩ وابن ماجه ٢٥٩١ والدارمي ٢٢٢٤ وابن حبان ٤٤٥٦ و ٤٤٥٧ والطحاوي ٣/ ١٧١ والدارقطني ٣/ ١٨٧ والبيهقي ٨/ ٢٧٩ وأحمد ٣/ ٣٨٠ وعبد الرزاق ١٨٨٤٤ كلهم من طرق عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً. واللفظ للنسائي، وأما أبو داود فرواه منجماً، وأما الترمذي فلفظه: «ليس علىٰ المنتهب، ولا علىٰ المختلس، ولا علىٰ الخائن قطع».

وقال الترمذي: حسن صحيح.

وأما أبو داود، فقد أعله بقوله: هذان الحديثان لم يسمعهما ابن جريج من أبي الزبير، وإنما سمعهما من ياسين الزيات فيما بلغني عن أحمد بن حنبل.

ثم قال كل من الترمذي وأبي داود: وقد رواهما المغيرة بن مسلم عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً.

قلت: وقد توبع ابن جريج علىٰ أبي الزبير. تابعه المغيرة بن مسلم رواه النسائي ٨/ ٨٩ والمغيرة صدوق كما في التقريب. وهكذا رواه الطحاوي ٣/ ١٧١ وتابعهما الثوري فقد أخرجه ابن حبان ٤٤٥٨ والنسائي ٨/ ٨٨ كلاهما عن ابن المؤمل عن الثوري عن أبي الزبير به.

لكن قال النسائي: لم يسمعه الثوري من أبي الزبير.

قلت: وفي كلام النسائي نظر لأن ابن حبان رواه من طريق آخر عن الثوري فهذا يقوي سماع سفيان من أبي الزبير ورواه عبد الرزاق ١٨٨٤٥ و ١٨٨٥٩ والبيهقي ٣/ ٢٧٩ من طريق المغيرة وغيره عن أبي الزبير وذكر الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٦٤ كلاماً ملخصه: سكت عنه عبد الحق، وابن القطان بعده، فهو صحيح عندهما. ثم ذكر الزيلعي إعلال أبي داود، وغيره له ثم قال: فتصحيح الترمذي له يدل علىٰ تحقق إيصاله، وقد تابعه المغيرة به مسلم.

وله شاهد أخرجه ابن ماجه من حديث عبد الرحمن بن عوف اختصره بلفظ: «ليس علىٰ المختلس قطع»

ورواه الطبراني في معجمه الوسط من حديث أنس اهـ بمثل سياق المصنف [ابن الهمام].

وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١١٠: حديث أنس الذي رواه الطبراني وجاله ثقات.

وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ٦٦ عن حديث ابن ماجه عن ابن عوف: إسناده صحيح اهـ.

قلت: فالحديث لم يتفرد به ابن جريج تابعه غير واحد، وقد ورد له شواهد قوية كما تقدم، فالحديث حسن صحيح إن شاء الله تعالى. وحديث ابن عوف عند ابن ماجه برقم ٢٥٩٢ وقال البوصيري في الزوائد: رجال إسناده موثوقون.

(٢) هو كما قال المصنف إلا أن القارىء لا يعرف ما قصد المصنف لأنه لم يذكر كلام أبي داود، فقد ذكرته فيما تقدم والحمد لله. فراجعه.

المدينة، ولأن الشبهة تمكنت في الملك لأنه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت، وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لأن الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة، وإن كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح لما قلنا وكذا إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بيناه

إسحاق بن راهويه ورواية عن أحمد في جاحد العارية أنه يقطع لما في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها «أن امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده، فأمر النبي ﷺ بقطعها»[1] وجماهير العلماء أخذوا بهذا الحديث، وأجابوا عن حديث عائشة بأن القطع كان عن سرقة صدرت منها بعد أن كانت أيضاً متصفة مشهورة بجحد العارية فعرّفتها عائشة بوصفها المشهور، فالمعنى امرأة كان وصفها جحد العارية فسرقت فأمر بقطعها بدليل أن في قصتها أن أسامة بن زيد شفع فيها» الحديث، إلى أن قال: «فقام عليه الصلاة والسلام خطيباً فقال «إنما هلك من كان قبلكم بأنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه»[2] وهذا بناء على أنها حادثة واحدة لامرأة واحدة، لأن الأصل عدم التعدد وللجمع بين الحديثين خصوصاً وقد تلقت الأمة الحديث الآخر بالقبول والعمل به، فلو فرض أنها لم تسرق على ما أخرجه أبو داود عن الليث: حدثني يونس عن ابن شهاب قال: كان عروة يحدث أن عائشة قالت: استعارت امرأة مني حلياً على ألسنة أناس يعرفون ولا تعرف هي فباعته، فأخذت فأتى بها النبي ﷺ فأمر بقطع يدها، وهي التي شفع فيها أسامة بن زيد وقال فيها رسول الله ﷺ ما قال[3] كان حديث جابر مقدماً[4] . ويحمل القطع بجحد العارية على النسخ، وكذا لو حمل على أنهما واقعتان وأنه عليه الصلاة والسلام قطع امرأة بجحد المتاع، وأخرى بالسرقة يحمل على نسخ القطع بالعارية بما قلنا. وفي سنن ابن ماجه: حدثنا أبو بكربن أبي شيبة، حدثنا عبد الله بن نمير، حدثنا محمد بن إسحاق عن محمد بن طلحة بن ركانة عن أمه عائشة بنت مسعود بن الأسود عن أبيها قال «لما سرقت المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله ﷺ أعظمنا ذلك، وكانت امرأة من قريش، فجئنا النبي ﷺ نكلمه فيها وقلنا: نحن نفديها بأربعين أوقية، فقال ﷺ: تطهر خيراً لها، فأتينا أسامة بن زيد فقلنا له: كلم لنا رسول الله ﷺ، فلما كلمه قال: ما إكثاركم عليّ في حد من حدود الله، والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها»[5] قال

. . . .

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٧٤٧٥ و ٦٨٨٧ و ٦٧٨٨ واختصره في ٣٧٣٢ ورواه مسلم ١٦٨٨ من وجوه وأبو داود ٤٣٧٣ والترمذي ١٤٣٠ والنسائي ٨/ ٧٣. ٧٤ وابن ماجه ٢٥٤٧ والدارمي ٢/ ١٧٣ وابن الجارود ٨٠٥ وابن حبان ٤٤٠٢ والبغوي ٢٦٠٣ والبيهقي ٨/ ٢٥٣. ٢٥٤ من طرق كلهم عن الزهري عن عروة عن عائشة: «أن قريشاً أهمتهم شأن المخزومية التي سرقت، فقالوا: من يكلم فيها رسول الله ﷺ، فقالوا: ومن يجترىء عليه إلا أسامة، فقال رسول الله ﷺ: أتشفع في حدٍّ من حدود الله؟ قام: فاختطب فقال: إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحدَّ وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها» ورواية مسلم وبعض من وافقه: أن امرأة كانت تستعير المتاع، وتجحده» ورواية البخاري: «سرقت» وقد توبع مسلم وأبو داود وغيرهما على روايتهما. فقد أخرجه أبو داود ٤٣٩٥ والنسائي ٨/ ٧٠. ٧١ وأحمد ٢/ ١٥١ من طرق عن ابن عمر: «أن امرأة مخزومية كانت تستعير المتاع فتجحده، فأمر النبي ﷺ بقطع يدها» وإسناده صحيح رجاله رجال البخاري ومسلم رواه النسائي من طرق عدة وأسانيده جيدة.
وأسنده النسائي ٨/ ٧١ عن ابن المسيب قال. . . فذكره. وهو مرسل.

(٢) وقع في الأصل: «شهادب» وهو تحريف.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٤٣٩٦ بهذا اللفظ من حديث عروة عن عائشة، وإسناده حسن رجاله ثقات. وقد أخرج النسائي ٨/ ٨٣ من وجه آخر عن عروة عن عائشة صدرة، ثم ذكر شفاعة أسامة مطولاً.

(٤) مراده حديث جابر المتقدم قبل حديث عائشة في خبر المخزومية، وهو حديث: ليس على خائن. . . الحديث تقدم.

(٥) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٥٤٨ والبيهقي ٨/ ٢٨١ كلاهما من حديث مسعود بن الأسود به.
وقال البوصيري في الزوائد: فيه ابن إسحق مدلس اهـ.
قلت: وقد عنعنه، فحديثه ضعيف، وذكره لشفاعة أسامة. يدل على أن القصة واحدة، فالصواب رواية الجماعة. خبر المخزومية.

. . . .

ابن سعد في الطبقات: هذه المرأة هي فاطمة بنت الأسود بن عبد الأسود، وقيل هي أم عمرو بنت سفيان بن عبد الأسد أخت عبد الله بن سفيان قوله: **(ولا قطع على النباش)** وهو الذي يسرق أكفان الموتى بعد الدفن **(وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف)** وباقي الأئمة الثلاثة **(عليه القطع)** وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة، ومن العلماء أبو ثور والحسن والشعبي والنخعي وقتادة وحماد وعمر بن عبد العزيز. وقول أبي حنيفة قول ابن عباس والثوري والأوزاعي ومكحول والزهري. ثم الكفن الذي يقطع به ما كان مشروعاً فلا يقطع في الزائد على كفن السنة وكذا ما ترك معه من طيب أو مال ذهب وغيره لأنه تضييع وسفه فليس محرزاً. وفي الوجيز في الزائد على العدد الشرعي وجهان، ثم الكفن للوارث عندهم فهو الخصم في القطع، وإن كفنه أجنبي فهو الخطم لأنه له **(لهم قوله عليه الصلاة والسلام «من نبش قطعناه»)**[١] وهو حديث منكر، وإنما أخرجه البيهقي وصرح بضعفه عن عمران بن يزيد بن البراء بن عازب عن أبيه عن جده، وفي سنده من يجهل حاله كبشر بن حازم وغيره، ومثله الحديث الذي ذكره المصنف **(«لا قطع على المختفي»**[٢] **قال: وهو النباش بلغة أهل المدينة)** أي بعرفهم. وأما الآثار فقال ابن المنذر: روي عن الزبير أنه قطع نباشاً. وهو ضعيف ذكره البخاري في تاريخه، ثم أعله بسهيل بن ذكوان الملكي. قال عطاء: كنا نتهمه بالكذب. ويماثله أثر عن ابن عباس رواه ابن أبي شيبة وفيه مجهول قال: حدثنا شيخ لقيته بمنى عن روح بن قاسم عن مطرف عن عكرمة عن ابن عباس قال: ليس على النباش قطع. وأما ما رواه عبد الرزاق: أخبرنا إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي قال: أخبرني عبد الله بن أبي بكر عن عبدالله بن عامر بن ربيعة أنه وجد قوماً يختفون القبور باليمن على عهد عمر بن الخطاب، فكتب فيهم إلى عمر، فكتب عمر رضي الله عنه أن اقطع أيديهم. فأحسن منه بلا شك ما رواه ابن أبي شيبة: حدثنا عيسى بن يونس عن معمر عن الزهري قال: أتى مروان بقوم يختفون: أي ينبشون القبور فضربهم ونفاهم والصحابة متوافرون اهـ. وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر به، وزاد: وطوّف بهم. وكذا أحسن منه بلا شك ما روى ابن أبي شيبة: حدثنا حفص عن أشعث عن الزهري قال: أخذ نباش في زمن معاوية وكان مروان على المدينة فسأل من بحضرته من الصحابة والفقهاء فأجمع رأيهم على أن يضرب ويطاف به اهـ. وحينئذ لا شك في ترجيح مذهبنا من جهة الآثار، وأما من جهة المعنى فلهم ما ذكره المصنف بقوله: ولأنه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه. أما المالية فظاهر، وأما الحرز فلأن القبر حرز للميت وثيابه تبع له فيكون حرزاً لها أيضاً، وقد سمى النبي ﷺ القبر بيتاً في حديث أبي ذرّ حيث قال له النبي ﷺ «كيف أنت إذا أصاب الناس موت يكون البيت فيه بالوصيف؟ يعني القبر، وقلت: الله ورسوله أعلم، أو ما خار الله لي ورسوله، قال ﷺ: عليك بالصبر»[٣] وقد بوب أبو داود عليه فقال: باب قطع

. . . .

(١) واو بمرة: أخرجه البيهقي في المعرفة كما في نصب الراية ٣/ ٣٦٦ . ٣٦٧ من حديث البراء.
وقال الزيلعي: قال في التنقيح . ابن عبد الهادي . في هذا الإسناد من يجهل حاله كبشر بن حازم وغيره اهـ. فالحديث واه بمرة بل هو منكر كما قال ابن الهمام.

(٢) انظر هذه الآثار في نصب الراية ٣/ ٣٦٧ . ٣٦٨ والبيهقي في الكبرى ٨/ ٢٦٩ ٢٧٠ لكن ذكر بعضها. وأما كونه مرفوعاً كما ذكر صاحب الهداية فرَدَّهُ الزيلعي بقوله: غريب. ووافقه ابن حجر، فقال: لم أجده هكذا أنظر الدراية ٢/ ١١٠

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ٤٤٠٩ باب: في قطع النباش بهذا اللفظ ورواه مطولاً برقم ٤٢٦١ وابن ماجه ٣٩٥٨ والطيالسي ٤٥٩ وابن حبان ٥٩٦٠ و ٦٦٨٥ وعبد الرزاق ٢٠٧٢٩ والحاكم ٢/ ١٥٦ . ١٥٧ و ٤/ ٤٣٢ . ٤٢٤ وابن أبي شيبة ١٥/ ١٢ مختصراً. والبيهقي ٨/ ١٩١ والبغوي ٤٢٢٠ وأحمد ٥/ ١٦٣ من طرق كلهم عن أبي عمران الجوني عن عبد الله بن عبادة بن الصامت عن أبي ذر بأتم منه، واللفظ لأبي داود كما ذكرت، والباقون جعلوه في أثناء خبر طويل. وإسناده صحيح رجاله ثقات وهو على شرط مسلم وصححه الحاكم، وأقره الذهبي لكن زاد في رواية، المشعَّث عن أبي ذر، وهذا وهم والصواب بعدم واسطة المشعث كما رواه الجماعة. والمراد بالبيت هنا القبر، وأما الوصيف فهو العبد. ويؤكد ذلك رواية ابن حبان الثانية حيث فيها: حتى يكون البيت بالعبد.

. . . .

النباش. قال ابن المنذر[١]: واستدل به أبو داود لأنه سمى القبر بيتاً والبيت حرز والسارق من الحرز يقطع[٢]. ولأنه حرز مثله لأن حرز كل شيء ما يليق به، فحرز الدوابّ بالإصطبل والدرة بالحق والصندوق والشاة بالحظيرة، فلو سرق شيء منها من شيء منها قطع، ولو سرق الدرة من أصطبل أو من حظيرة لا يقطع، ألا ترى أن الوصيّ إذا كفن صبياً من ماله لا يضمن لورثته شيئاً فلو لم يكن محرزاً كان تضييعاً موجباً للضمان فكان أخذ الكفن من القبر عين السرقة. والجواب أولاً منع الحرز لأنه حفرة في الصحراء مأذون للعموم في المرور به ليلاً ونهاراً ولا غلق عليه ولا حارس متصد لحفظه فلم يبق إلا مجرد دعوى أنه حرز تسمية ادعائية بلا معنى وهو ممنوع، ولزوم التضييع لو لم يكن حرزاً ممنوع بل لو لم يكن مصروفاً إلى حاجة الميت والصرف إلى الحاجة ليس تضييعاً فلذا لا يضمن؛ ولو سلم فلا ينزل عن أن يكون في حرزيته شبهة وبه ينتفي القطع ويبقى ثبوت الشبهة في كونه مملوكاً، وفي ثبوت الخلل في المقصود من شرعية الحد وهو ما اقتصر عليه المصنف زيادة فكل منهما يوجب الدرء. أما الأول فلأن الكفن غير مملوك لأحد، لا للميت لأنه ليس أهلاً للملك ولا للوارث لأنه لا يملك من التركة إلا ما يفضل عن حاجة الميت ولذا يقطع بسرقة التركة المستغرقة لأنها ملك للغريم حتى كان له أن يأخذها بحقه، فإن صح ما قلنا من أنه لا ملك فيه لأحد لم يقطع، وإلا فتحققت شبهة في مملوكيته بقولنا فلا يقطع به أيضاً، بل نقول: تحقق قصور في نفس مالية الكفن، وذلك لأن المال ما يجري فيه الرغبة والضنة والكفن ينفر عنه كل من علم أنه كفن به ميت إلا نادراً من الناس. وأما الثاني فلأن شرع الحد للانزجار والحاجة إليه لما يكثر وجوده. فأما ما يندر فلا يشرع فيه لوقوعه في غير محل الحاجة لأن الانزجار حاصل طبعاً كما قلنا في عدم الحد بوطء البهيمة. وأما الاستدلال بتسميته بيتاً فأبعد لأن إطلاقه إما مجازاً[٣] فإن البيت ما يحوطه أربع حوائط توضع للبيت وليس القبر كذلك، على أن[٤] حقيقة البيت لا يستلزم الحرز فقد يصدق مع عدم الحرز أصلاً كالمسجد، ومع الحرز مع نقصان وهو كثير، ومع الحرز التام، فمجرد تسميته بيتاً لا يستلزم القطع خصوصاً في مقام وجوب درئه ما أمكن، بل يجب حمله على بعض الماصدقات التي لا حد معها، والله سبحانه أعلم. وهذا في القبر الكائن في الصحراء بلا خلاف عندنا، أما لو كان القبر في بيت مقفل فقيل يقطع به لوجود الحرز. والصحيح أنه على الخلاف فلا يقطع عندنا وإن وجد الحرز للموانع الآخر من نقصان المالية وعدم المملوكية والمقصود من شرعه (وكذا إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا) من تحقق الخلل في المالية وما بعدها. هذا ولو

أخذ أبو حنيفة ومحمد، وبالأول أخذ أبو يوسف والشافعي لقوله ﷺ: «ومن نبش قطعناه» ولأنه مال متقوم محرز مثله فيقطع فيه) أما أنه مال متقوم فلا شبهة فيه، فإن إلباس الثوب للميت لا يخرجه عن التقوم، وأما أنه محرز فلأنه ليس بمضيع؛ ألا ترى أن الأب والوصي إذا كفنا الصبي من ماله لا يضمنان، وما لا يكون محرزاً مضيعاً وفيه الضمان. وأما قوله: (بحرز مثله) بحرف الجر، فلما بينه الطحاوي: حرز كل شيء معتبر بحرز مثله، حتى أنه إذا سرق دابة من إصطبل يقطع، ولو سرق لؤلؤة من الإصطبل لم يقطع. وإذا سرق شاة من الحظيرة يقطع، ولو كان فيها ثوب فسرقه لم يقطع لأن الشاة لا تحرز بأحصن منها إذا كان بابها بحيث يمنع إخراج الشاة دون دخول الآدمي وإخراج سائر الأموال. وقوله: (ولهما) أي لأبي حنيفة ومحمد، وكلامه ظاهر لا يحتاج إلى

---

(١) كذا وقع: ابن المنذر. والمصنف إنما نقله من نصب الراية ٣/٣٦٧ وهو هناك: المنذري. بدل. ابن المنذر. ورجعت إلى مختصر المنذري على أبي داود في كلا الإسنادين في ٤٢٤٧ و ٤٠٩٥ فلم أر له كلاماً كهذا، وإنما ذكر من رواه غير أبي داود ونظرت في معالم السنن للخطابي برقم ٤٢٤٧ فرأيت هذا الكلام له بحرفيته، وزاد عليه فالصواب أنه كلام الخطابي لا المنذري، ولا ابن المنذر والله تعالى أعلم لأن الخطابي هو الذي عني بشرح أبي داود لكن باختصار، وسمَّاه معالم السنن اهـ.

(٢) إلى هنا كلام الخطاب كما ذكرت لا المنذري ولا ابن المنذر والله أعلم.

(٣) قول الفتح (إما مجازاً) لم يذكر لها مقابلاً فتأمل اهـ من هامش نسخة العلامة البحراوي.

(٤) لعل هذه الجملة هي المقابلة لجملة المجاز إلا أنه المصنف ترك لفظ: إما وهذا يرد في كلامه كثيراً.

(ولا يقطع السارق من بيت المال) لأنه مال العامة هو منهم قال: **(ولا من مال للسارق فيه شركة)** لما قلنا **(ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع)** لأنه استيفاء لحقه، والحال والمؤجل فيه سواء استحساناً لأن التأجيل لتأخير

اعتاد لص ذلك للإمام أن يقطعه سياسة لا حداً، وهو محمل ما رواه لو صح قوله: **(ولا يقطع السارق من بيت المال)** وبه قال الشافعي وأحمد والنخعي والشعبي، وقال مالك: يقطع وهو قول حماد وابن المنذر لظاهر الكتاب، ولأنه مال محرز ولا حق له فيه قبل الحاجة **(ولنا أنه مال العامة وهو منهم)** وعن عمر وعليّ مثله[1]، وعن ابن مسعود فيمن سرق من بيت المال قال: أرسله فما من أحد إلا وله هذا المال حق **(ولا يقطع من مال للسارق فيه شركة)** بأن يسرق أحد الشريكين من حرز الآخر مالاً مشتركاً بينهما **(لما قلنا)** من أن للسارق فيه حقاً قوله: **(ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع لأنه استيفاء لحقه، والحال والمؤجل في عدم القطع سواء استحساناً لأن التأجيل لتأخير المطالبة)** والقياس أن يقطع لأنه لا يباح له أخذه قبل الأجل. وجه الاستحسان أن ثبوت الحق وإن تأخرت المطالبة يصير شبهة دارئة وإن كان لا يلزمه الإعطاء الآن **(وكذا لو سرق أكثر من حقه)** لا يقطع **(لأن بالزيادة يصير شريكاً في ذلك المال)** بمقدار حقه، ولا فرق بين كون المديون المسروق منه مماطلاً أو غير مماطل، خلافاً للشافعي في تفصيله بين المماطل فلا يقطع به وغير المماطل فيقطع. ولو أخذ من غير جنس حقه، فإن كان حقه دراهم أو دنانير فأخذ عروضاً قطع لأنه ليس له أخذها، اللهم إلا أن يقول: أخذتها رهناً بديني فلا يقطع **(وعن أبي يوسف لا يقطع لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء نقل عن ابن أبي ليلى)** قضاء لحقه أو رهناً به **(قلنا: هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر)** فلا يصير شبهة دارئة إلا إن ادعى بذلك **(وإن كان دراهم فأخذ دنانير)** أو على القلب اختلف فيه **(قيل يقطع)** لأنها لا تصير قصاصاً بحقه، وإنما يقع بيعاً فلا يصح إلا بالتراضي فليس له أخذها **(وقيل لا يقطع)** للمجانسة بينهما من حيث الثمنية، ويقطع لو سرق حلياً من فضة ودينه دراهم، ولو سرق المكاتب أو العبد من غريم المولى قطع إلا أن يكون المولى وكلهما بالقبض لأن حق الأخذ حينئذ لهما. ولو سرق من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المديون قطع لأن

شرح. وقوله: **(وإن كان القبر في بيت مقفل)** بسكون القاف من أقفل الباب. وقوله: **(فهو على الخلاف في الصحيح)** بيانه ما قال في المبسوط: واختلف المشايخ فيما إذا كان القبر في بيت مقفل ثم قال: والأصح عندي أنه لا يجب القطع سواء كان نبش القبر للكفن أو سرق مالاً آخر من ذلك البيت لأن بوضع القبر فيه اختل صفة الحرز في ذلك البيت، فإن لكل أحد من الناس تأويلاً بالدخول فيه لزيارة القبر. وكذلك اختلفوا فيما إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت، فمنهم من قال يقطع لأنه محرز بالقافلة. قال شمس الأئمة: والأصح عندي أنه لا يجب القطع لاختلال صفة المالكية والمملوكية في الكفن من الوجه الذي قررناه. وقوله: (لما بيناه) إشارة إلى قوله ﷺ «لا قطع على المختفي» والمعقول وهو قوله لأنه لا ملك للميت حقيقة. وقوله: (ولا يقطع السارق من بيت المال) ظاهر. وقوله: (لما قلنا) إشارة إلى ما يفهم من قوله لأنه مال العامة وهو منهم، فإنه

قوله: **(من أقفل الباب)** أقول: ولا يقال قفل إلا إذا كثرت الأبواب، لأن التفعيل للتكثير ومثله أغلق الباب وغلق الأبواب قوله: **(بيانه ما قال في المبسوط الخ)** أقول: أي بيان قوله في الصحيح حيث يفهم منه أن من علمائنا من قال ليس هذا على الخلاف. قوله: **(وقوله لما بينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام الخ)** أقول: ولعل الأولى أن يقال لما بينا من الأدلة من الجانبين لأنه علة لكونه على الخلاف. ووجه ما ذكره ما ذكر الشارحون هو حمل قوله على الخلاف على معنى أنهما يخالفان أبا يوسف والشافعي ولا يوافقانهما.

(١) أثر علي. أخرجه البيهقي ٨/٢٨٢ عن الشعبي عن علي. ورجاله ثقات إلا أنه مرسل، لكن رواه من وجه آخر عنه موصولاً. وأما أثر عمر فذكره ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/٦٩ وقال: رواه ابن أبي شيبة عن المسعودي عن القاسم أن عمر قال فذكره، وذلك حين كتب له سعد أن رجلا سرق من بيت المال. اهـ.

وفي إسناده ضعف لأن في المسعودي كلاماً والله أعلم.

المطالبة، وكذا إذا سرق زيادة على حقه لأنه بمقدار حقه يصير شريكاً فيه **(وإن سرق منه عروضاً قطع)** لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه إلا بيعاً بالتراضي. وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهناً بحقه. قلنا: هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به، حتى لو ادعى ذلك درىء عنه الحد لأنه ظن في موضع الخلاف، ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لأنه ليس له حق الأخذ، وقيل لا يقطع لأن النقود جنس واحد **(ومن سرق عيناً فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع)** والقياس أن يقطع وهو رواية

حق الأخذ لغيره. ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع قوله: **(ومن سرق عيناً قطع فيها فردها)** بأن كانت قائمة **(ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع، والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول الشافعي)** ومالك وأحمد **لقوله ﷺ: «فإن عاد فاقطعوه»** فيما روى الدارقطني من حديث أبي هريرة بطريق فيه الواقدي عنه عليه الصلاة والسلام **«إذا سرق السارق فاقطعوا يده، ثم إن عاد فاقطعوا رجله اليسرى»**[1] الحديث **(ولأن السرقة الثانية مثل الأولى)** في

يفهم من ذلك أن للسارق فيه حقاً ولما قلنا إشارة إليه. قال: **(والحال والمؤجل فيه)** أي في عدم القطع **(سواء)** أما إذا كان حالاً فظاهر، وأما إذا كان مؤجلاً فلأن التأجيل ليس لتأخير المطالبة، وأما نفس وجوب الدين فثابت قبل المطالبة أيضاً، والقياس أن يقطع لأنه سرق مالا يباح له الأخذ كما لو سرق من خلاف جنسه. ووجه الاستحسان أن الأخذ إن لم يكن مستحقاً لمكان الأجل كان له شبهة الأخذ وهي كافية للدرء. وقوله: **(وكذا إذا سرق زيادة على حقه)** ظاهر. وقوله: **(لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء)** يريد به ابن أبي ليلى فإنه يقول: وإن ظفر بخلاف جنس حقه كان له أن يأخذه لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية. ومن

قال المصنف: **(ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير)** أقول: كان الأنسب ذكر هذه المسئلة مقدماً على قوله وإن سرق منه عروضاً، إلا أنه لم يستحسن أن يفصل بين كلامي الجامع بمسئلة غير مذكورة فيه.

---

(١) حسن غريب، أخرجه الدارقطني ٣/ ١٨١ من حديث أبي هريرة وتمامه: وإن عاد فاقطعوا يده وإن عاد فاقطعوا رجله. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٧٢: وفيه الواقدي فيه مقال اهـ.

قال الزيلعي ورواه أبو نعيم في الحلية ـ في ترجمة عبد الله بن زيد الجهني ـ من حديثه، وقال أبو نعيم: تفرد به حزام بن عثمان وهو من الضعف بالمحل العظيم.

ثم ذكر الزيلعي حديث الحارث بن حاطب اللخمي وهو ما أخرجه النسائي ٨/ ٨٩ ـ ٩٠ والحاكم ٤/ ٣٨٢ والطبراني في معجمه كما في نصب الراية ٣/ ٣٧٢ والبيهقي ٨/ ٢٧٢ كلهم من حديث الحارث اللخمي: «أن رسول الله ﷺ أتي بلصٍّ فقال: اقتلوه. فقالوا: يا رسول الله إنما سرق فقال: اقتلوه. قالوا: يا رسول الله إنما سرق. قال: اقطعوا يده، ثم سرق فقُطعت رجله، ثم سرق علىٰ عهد أبي بكر حتىٰ قُطعت قوائمه كلها، ثم سرق الخامسة، فأمر بقتله. . .» الحديث. وفيه: قال أبو بكر: «كان رسول الله ﷺ أعلم به حين قال اقتلوه».

وقال الحاكم: صحيح الإسناد. ورده الذهبي بقوله: بل منكر.

ولم يبين الذهبي وجه النكارة ولعله استنكر المتن ورجاله ثقات إلا أن عفان بن مسلم الباهلي وثقه ابن حجر في التقريب إلا أنه عاد فقال: قال ابن معين: أنكرناه في صفر سنة تسعة عشر ـ أي: ٢١٩ ـ ومات بعدها بيسير اهـ وله شاهد أخرجه أبو داود ٤٤١٠ والنسائي ٨/ ٩٠ ـ ٩١ والبيهقي ٨/ ٢٧٢ كلهم من حديث جابر بنحو حديث الحارث اللخمي المتقدم. وسكت عليه أبو داود وقال النسائي: هذا حديث منكر، ومصعب بن ثابت ليس بالقوي في الحديث والله تعالىٰ أعلم.

وذكر المنذري في مختصره ٤٢٤٨ كلام النسائي وزاد: مصعب الزبيري ضعفه غير واحد هـ.

قلت: وقد وهم الألباني في الإرواء ٢٤٣٤ حيث حكم بصحة هذا الحديث لهذه الشواهد، وهو من أغلوطاته، فمثل هذا الحديث لا يصحح، وهو منكر لم يعمل الفقهاء بقتل السارق، ولو تكرر منه، وإن صحح، فهو محمول علىٰ كون هذا الرجل إما منافقاً أو فاسقاً، أو أن الله عز وجل أطلع نبيه علىٰ حقيقة هذا الرجل. وقد جاء في تلخيص الحبير ما ملخصه: قال النسائي: هذا حديث منكر. ولا أعلم فيه حديثاً صحيحاً.

وقال ابن عبد البر: حديث القتل منكر لا أصل له. وقد قال الشافعي: هذا حديث منسوخ لا خلاف فيه عند أهل العلم اهـ. التلخيص ٤/ ٦٩.

الخلاصة: الحديث غير قوي وهو معارض بحديث: «لا يباح دم امرىء مسلم بإحدىٰ ثلاث. . .» الحديث. وبقوله تعالىٰ: ﴿فاقطعوا أيديهما﴾ فلا يجوز التعدي بذلك إلىٰ القتل أضف إلىٰ ذلك الإجماع. فالحديث لم يصح، وهو منسوخ بكل حال، وهذا الكلام: أن يصل الأمر به إلىٰ القتل أما أن تقطع يده الأخرى، أو رجله فهذا مختلف فيه بين أهل العلم، وسيأتي مفصلاً. وسيأتي عن علي ما يخالف هذا، ووافقه كثير من الصحابة. وقد قال ابن الهمام فيما تأتي: قال الطحاوي: تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لها أصلاً.

عن أبي يوسف وهو قول الشافعي، لقوله عليه الصلاة والسلام «فإن عاد فاقطعوه» من غير فصل، ولأن الثانية متكاملة كالأولى بل أقبح لتقدم الزاجر، وصار كما إذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة. ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد إن شاء الله تعالى، وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظراً إلى اتحاد الملك والمحل، وقيام الموجب وهو القطع فيه، بخلاف ما ذكر لأن الملك قد اختلف

سببية القطع (بل أفحش) لأن العود بعد الزاجر أقبح، وصار كما إذا باعه المالك من السارق، ويخص أبا يوسف أن المسروق عاد تقوّمه بالرد إلى المالك ولهذا يضمن السارق لو أتلفه بعد الرد فتمت سببية القطع كما لو سرق غيره أو سرقه هو من غيره (وصار كما لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة) فإنه يقطع اتفاقاً (ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل) في حق السارق (وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة أنها ساقطة نظراً إلى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب) للسقوط (وهو القطع) فإن كل واحد من هذه يوجب بقاء السقوط الذي تحقق بالقطع فحيث عادت العصمة وانتفى السقوط بعد تحققه كان مع شبهة عدمه فيسقط بها الحد، بخلاف ما لو سرقه غيره لأن السقوط ليس إلا بالنسبة إلى المقطوع يده لا سواه فيقطع، وبخلاف صورة البيع المذكورة من السارق وسرقة السارق إياه من غيره لأنه فيهما تبدل الملك وتبدل الملك يوجب تبدل العين حكماً كما عرف من حديث بريرة من قوله عليه الصلاة والسلام «هو عليها صدقة ولنا منها هدية»[1] مع أنه عين اللحم، مع أن مشايخ العراق على أنه لا يقطع في صورة تبدل الملك بالشراء فلنا أن تمنعه فلا يتم القياس عليه، وعند مشايخ بخاري يقطع لتبدل العين حكماً وجوابه ماقلنا. وأيضاً فتكرر الجناية بعد قطع يده نادر، وتقدم أن ما يندر وجوده لا يشرع فيه عقوبة دنيوية زاجرة فإنها حينئذ

العلماء من يقول: له أن يأخذه رهناً بحقه، واختلاف العلماء يورث الشبهة قلنا: (هذا القول لا يستند إلى دليل ظاهر) القياس أن لا يأخذ جنس حقه في الدين الحال لأن حقه في الوصف في الحقيقة. وهذا عين لكن تركناه فيه لقلة التفاوت بينهما، ولا كذلك خلاف الجنس لفحش التفاوت فلا يترك القياس (ولا يعتبر بدون اتصال الدعوى به، حتى لو ادعى ذلك) أي أنه أخذه قضاء لحقه أو رهناً به (درىء الحد عنه) لأن فعله في موضع الاجتهاد لا ينفك عن شبهة وإن كان هو مخطئاً في ذلك التأويل عندنا. وقوله: (ولو كان حقه دراهم) ظاهر. وقوله: (وقيل لا يقطع) قيل هو الأصح (لأن النقود جنس واحد) كما في الزكاة والشفعة. وقوله: (ومن سرق عينا) ظاهر. وقوله: (لأن الثانية متكاملة كالأولى) وجه التشبيه هو أن المتاع بعد رده على المسروق منه في حق السارق كعين أخرى في حكم الضمان، حتى لو غصبها أو أتلفها كان ضامناً، فكذلك في حكم القطع لما أنه مال معصوم كامل المقدار أخذ من حرز لا شبهة فيه، وبهذه الأوصاف لزمه القطع في المرة الأولى فكذلك في المرة الثانية، وأما كونه أقبح فظاهر لتقدم الزاجر. وقوله: (ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد) إشارة إلى قوله بعد أوراق. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه» الخ. وسقوط عصمة المحل يوجب انتفاء القاطع، فإن قيل: العصمة وإن سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد إلى المالك، أجاب بقوله: (وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظراً إلى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه) فقوله نظراً إلى اتحاد الملك احتراز عما لو تبدل الملك في ذلك وهو جواب عن قوله كما إذا باعه المالك من السارق الخ. وقوله والمحل احتراز عما إذا تبدل المحل كما في صورة الغزل وهو قوله فيما يجيء بقوله فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلاً الخ وقوله: (وقيام الموجب) أي موجب سقوط العصمة وهو احتراز عما كان قبل القطع. وقوله: (بخلاف ما ذكره) يعني أبا يوسف من صورة البيع (لأن الملك قد اختلف باختلاف سببه، وأصله حديث بريرة وهو معروف. وقوله: (أو لأن تكرار الجناية) معطوف على قوله ولنا أن القطع فهو دليل آخر. وتقريره تكرار الجناية منه بالعود إلى سرقة ما قطع فيه نادر جداً لتحمله مشقة الزاجر، والنادر يعرى عن مقصود الإقامة وهو تقليل الجناية فلا يحتاج إليها

قال المصنف: (والقياس أن يقطع) أقول: فيه إشارة إلى أن العمدة في الاستدلال هو القياس، ولهذا لم يجب عن الحديث بناء على أنه مطعون فوله: (وجه التشبيه هو أن المتاع الخ) أقول: هذا لإثبات المعصومية في المسروق المردود وتوطئة لبيان وجه التشبيه.

---

(١) حديث بريرة تقدم في كتاب الطلاق باب التخيير. وهذا بعضه رواه الجماعة.

باختلاف سببه، ولأن تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فتعرى الإقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية، وصار كما إذا قذف المحدود في قذف المقذوف الأول. قال: **(فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلاً فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع)** لأن العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به، وهذا هو علامة التبدل في كل محل، وإذا تبدلت انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل، والقطع فيه فوجب القطع ثانياً، والله أعلم بالصواب.

فإنها تعرى عن المقصود وهو تقليل الجناية، إذ هي قليلة بالفرض فلم تقع في محل الحاجة، وصار كما لو قذف شخصاً فحد به ثم قذفه بعين ذلك الزنا بأن قال أنا باق على نسبتي إليه الزنا الذي نسبته إليه لا يحد ثانياً، فكذا هذا، أما لو قذفه بزنا آخر حد به. وأورد على هذا الوجه النقض بالزنا ثانياً بالمرأة التي زنى بها أوّلاً بعد أن جلد حداً بزناه الأول بها فإنه يحد ثانياً إجماعاً، فلم يكن تقدم الزاجر موجباً لعدم شرعيته. ثانياً وقوعه في غير محل الحاجة إليه لو شرع. وأجيب بالفرق بأن حرمة المحل في الزنا لا تسقط باستيفاء الحد، بخلاف السرقة، وهذا فرق صحيح يتم به اختلاف الحكم المذكور في الزنا والسرقة لكنه لا يصلح جواباً للنقض الوارد على هذا الوجه بخصوصه: أعني كون إقامة الحد أولا توجب ندرة العود فتوجب عدم شرع الزاجر في العود، وكذا الفرق بأن القطع حق لا يستوفي إلا بخصومة المالك والخصومة لا تتكرر في محل بعد استيفاء موجب ما هي كحد القذف غير دافع للوارد على خصوص هذا الوجه المدعي استقلاله قوله: **(فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون)** المسروق الذي قطع به **(غزلاً ثم نسج)** بعد رده **(فسرقه)** ثانياً **(قطع)** وكذا لو كان قطناً فصار غزلاً **(لأن العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب)** ويجب عليه ضمان قيمته مع قيامه بصورة الثوب، **(وإذا تبدلت العين انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع)** وهو بالجر عطف على لفظ اتحاد لا على لفظ المحل: أي وانتفت الشبهة الناشئة من القطع لا من اتحاد القطع وهي شبهة قيام سقوط العصمة لأنها كانت باعتبار اتحاد العين والتغير يوجبها شيئاً آخر. فإن قيل: العين قائمة حقيقة وإنما تبدل الاسم والصورة. أجيب بأن المتمكن قبل تبدل الصورة شبهة سقوط العصمة فكان المتمكن بعده شبهة الشبهة فلا تعتبر. وفي شرح الطحاوي: وإذا سرق ذهباً أو فضة وقطع به ورده فجعله المسروق منه آنية أو كانت آنية فضربها دراهم ثم عاد السارق فسرقه لا يقطع عند أبي حنيفة لأن العين لم تتغير عنده، وقالا: يقطع لأنها تغيرت. وفي كفاية البيهقي: سرق ثوباً فخاطه ثم رده فنقض فسرق المنقوض لا يقطع، لأنه لا يقطع حق المالك لو فعله الغاصب فلم يصر في حكم عين أخرى.

(وصار كما إذا قذف المحدود في القذف المقذوف الأول) بالزنا الأول فإنه لا يحد نظراً إلى عرائه عن مقصود الإقامة. فإن قيل: نظير مسئلتنا حد الزنا في كون الحد في كل واحد منهما خالص حق الله تعالى، ثم حد الزنا يتكرر الفعل في محل واحد، حتى أن من زنى بامرأة فحدّ ثم زنى بتلك المرأة مرة أخرى يحد ثانياً، بخلاف حد القذف فإن فيه حق العبد خصوصاً على أصل الخصم، وخصومة المقذوف في الحد في المرة الثانية غير مسموعة لأن المقصود إظهار كذب القاذف ودفع العار عن نفسه وقد حصل ذلك بالمرة الأولى. أجيب بأن حد القذف نظير مسئلتنا من حيث أن هذا حد لا يستوفي إلا بخصومه فلا يتكرر بتكرار الخصومة من شخص واحد في محل كحد القذف. والفرق بين المتنازع فيه وصورة الزنا أن الحد في الزنا إنما هو باعتبار المستوفى، والمستوفى في المرة الثانية غير المستوفى في المرة الأولى، لأن الأول تلاشى واضمحل. والمسروق في المتنازع فيه هو بعينه المسروق في المرة الأولى. وقوله: **(فإن تغيرت عن حالها)** ظاهر، والقطع بالجر عطف على قوله من اتحاد.

قوله: **(والمستوفى في المرة الثانية)** أقول: يعني منافع البضع قوله: **(لأن الأول تلاشى الخ)** أقول: لكونه عرضاً قوله: **(والقطع بالجر الخ)** أقول: ولعل الخصم يقول القطع في الأول باعتبار السرقة، والأولى تلاشت والثانية غيرها فليتأمل.

فصل في الحرز والأخذ منه

(ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذي رحم محرم منه لم يقطع) فالأول وهو الولاد للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز. والثاني للمعنى الثاني، ولهذا أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة منها، بخلاف الصديقين لأنه عاداه بالسرقة. وفي الثاني خلاف الشافعي رحمه الله لأنه ألحقها بالقرابة البعيدة، وقد بيناه في العتاق (ولو سرق من بيت ذي

فصل في الحرز والأخذ منه

قدم بيان ما يتعلق بذات المسروق وهو ما يقطع فيه وما لا يقطع لأنه كلام في ذاته، ثم ثنى بحرزه لأنه خارج عنه، ثم الإخراج من الحرز شرط عند عامة أهل العلم. وعن عائشة والحسن والنخعي أن من جمع المال في الحرز قطع وإن لم يخرج به. وعن الحسن مثل قول الجماعة. وعن داود لا يعتبر الحرز أصلاً. وهذه الأقوال غير ثابتة عمن نقلت عنه، ولا مقال لأهل العلم إلا ما ذكرنا فهو كالإجماع، قاله ابن المنذر. وقد ثبت أن لا قطع في أقل من ثمن المجن [١]، ولا قطع في جريسة الجبل[٢] فتخصصت الآية[٣] فجاز تخصيصها بعده بما هو من الأمور الإجماعية وما بأخبار الآحاد، وسيأتي ما هو أبلغ من ذلك، ثم الحرز ما عدّ عرفاً حرزاً للأشياء لأن اعتباره ثبت شرعاً من غير تنصيص على بيانه، فيعلم به أنه رد إلى عرف الناس فيه والعرف يتفاوت وقد يتحقق فيه، اختلاف لذلك، وهو في اللغة الموضع الذي يحرز فيه الشيء، وكذا هو في الشرع إلا أنه بقيد المالية: أي المكان الذي يحرز فيه المال كالدار والحانوت والخيمة والشخص نفسه، والمحرز ما لا يعد صاحبة مضيعاً قوله: (ومن سرق من أبويه) وإن عليا (أو ولده) وإن سفل (أو ذي رحم محرم منه) كالأخ والأخت والعم والخال والخالة والعمة (لا يقطع) وقال مالك وشذوذ: يقطع بالسرقة من الأبوين

فصل في الحرز والأخذ منه

لما كان تحقق السرقة موقوفاً على كون المسروق مالاً محرزاً وفرغ عن ذكر الموصوف شرع في بيان الحرز الذي يحصل به الوصف، ثم العلة في سقوط القطع عن قرابة الولاد أمران: البسوطة في المال وفي حق الدخول في الحرز وعن ذي الرحم المحرم أمر واحد وهو البسوطة في الدخول في الحرز (ولهذا أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة) الوجه والكف على ما سيجيء

فصل في الحرز والأخذ منه

قوله: (وفرغ عن ذكر الموصوف، إلى قوله الوصف) أقول: المراد من الموصوف المال ومن الوصف التحرز قال المصنف: (فالأول وهو الولاد) أقول: أي فمنع الأول القطع حذف المضاف إليه وأقيم مقامه قوله: (عن قرابة الولاد) أقول: أي عن ذي قرابة الولاد قال المصنف: (ولهذا أباح النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة الخ) أقول: لعل المراد بالزينة الظاهرة ها هنا ما يظهر عند ترك التكلف، وإلا ففي الكلام بحث.

---

(١) أحاديث ثمن المجنّ تقدم الكلام عليها في أوائل كتاب السرقة بعد بضعة أحاديث من بدايته ص ٢٥٧ وتكرر في ١ ـ ٢/٣٦٦ وأحاديث المجن قوية إلا أن الاختلاف في ثمن المجنّ، ففي الصحيحين قد تقدم أنه بلغ ثلاثة دراهم، وحديث أيمن أنه بلغ ديناراً، واعتضد بأحاديث وموقوفات إلا ن هذا يرجع إلىٰ الاختلاف في المجنّ نفسه

(٢) حديث الجريسة تقدم في الجزء الثاني من حديث عمرو بن شعيب، وإسناده حسن.

الجرس: ما يعلق بعنق البعير وغيره فيصوِّت اهـ مغرب أي هو كالجرس، وهكذا جاء في القاموس، ثم قال صاحب القاموس: والجَرِيسَةُ: ما يُسرقُ من الغنم بالليل. اهـ.

وأظنه أن لا يكون في حرز لذا قيده ابن الهمام بقوله: وجريسة الجبل. أي يكون الغنم باتت في السهل، أو الجبل، وجاء في المغرب: خريسة الجبل: الشاة المسروقة معاً يحرسن بالجبل. وعقوبة هذه الضرب، وتغريمه ثمن ما أخذ مرتين كذا جاء في حديث عمرو بن شعيب، وقد تقدم.

(٣) أي قوله تعالىٰ: والسارق والسارقة فاقطعوا. . . الآية.

رحم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع، ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع) اعتباراً للحرز وعدمه (وإن سرق من أمه من الرضاعة قطع) وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يقطع لأنه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة، بخلاف الأخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة. وجه الظاهر أنه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما إذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة، وأقرب من ذلك الأخت من الرضاعة، وهذا لأن الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزاً عن موقف

لأنه لا حق له في مالهما، ولذا يحد بالزنا بجاريتهما ويقتل بقتلهما وبه يبطل قوله في الكافي، أمافي الولاد فلا اختلاف فيه. وقال أبو ثور وابن المنذر: يقطع الأب أيضاً في سرقة مال ابنه لظاهر الآية. وقال الشافعي: يقطع في السرقة من غير الولاد. أما وجه الأول: أي عدم القطع في قرابة الولاد فلأنها عادة تكون معها البسوطة في المال والإذن في الدخول في الحرز حتى يعد كل منهما بمنزلة الآخر ولذا منعت شهادته له شرعاً، ويخص سرقة الأب من مال الابن قوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك»[1] وأما غير الولاد وهو الذي أراد المصنف بقوله: (والثاني للمعنى الثاني) أي الإذن في الدخول في الحرز فألحقهم الشافعي رحمه الله بالقرابة البعيدة. قال المصنف (وقد بيناه في العتاق) أي في مسئلة «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه»[2] ونحن ألحقناه بقرابة الولاد، وقد رأينا الشرع ألحقهم بهم في إثبات الحرمة وافتراض الوصل، فلذا ألحقناهم بهم في عدم القطع بالسرقة ووجوب النفقة، ولأن الإذن بين هؤلاء ثابت عادة للزيارة وصلة الرحم ولذا حل النظر منها إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة كالعضد للدملوج والصدر للقلادة والساق للخلخال، وما ذاك إلا للزوم الحرج لو وجب سترها عنه مع كثرة الدخول عليها وهي مزاولة الأعمال وعدم احتشام أحدهما من الآخر. وأيضاً فهذه الرحم المحرمة يفترض وصلها ويحرم قطعها، وبالقطع يحصل القطع فوجب صونها بدرئه ذكره في الكافي وسيأتي ما فيه. ومما يدل على نقصان الحرز فيها قوله تعالى ﴿ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت إخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم﴾ [النور ٦١] ورفع الجناح عن الأكل من بيوت الأعمام أو العمات مطلقاً يؤنس إطلاق الدخول، ولو سلم فإطلاق الأكل مطلقاً يمنع قطع القريب، ثم هو إن ترك لقيام دليل المنع بقيت شبهة الإباحة على وزان ما قلنا في «أنت ومالك لأبيك»[3]. فإن قلت: فقد قال «أو صديقكم» كما قال «أو

في كتاب الكراهية إن شاء الله تعالى. وقوله: (وفي الثاني) يعني وفي ذي الرحم المحرم (خلاف الشافعي) فإنه يقول في غير الوالدين والمولودين يجب القطع (لأنه ألحقها بالقرابة البعيدة، وقد بيناه في العتاق) ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع لعدم الحرز (ولو سرق ماله) أي مال ذي الرحم المحرم (من بيت غيره قطع) لوجود الحرز. وقوله: (وإن سرق من أمه من الرضاع) ظاهر. وقوله: (والمحرمية بدونها) أي بدون القرابة (لا تحترم) أي لا تجعل حرمة قوية عادة (كما إذا ثبتت) يعني المحرمية (بالزنا) فإنه إذا سرق من بيت بنت المرأة التي زنى بها لا يعد شبهة في قطع اليد بل تقطع وإن كانت المحرمية موجودة، وكذلك إذا ثبتت بالتقبيل عن شهوة. وقوله: (وأقرب من ذلك) أي من الحرمة الثابتة بالزنا (الأخت من الرضاعة) يعني: أن الأم من الرضاع أشبه إلى الأخت من الرضاع في إثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا، ثم السرقة من بيت الأخت من الرضاع موجبة للقطع بالإجماع فيجب أن يكون من بيت أمه من الرضاع كذلك. ووجه الأقربية أن إلحاق الرضاع بالرضاع أقرب من إلحاقه بالزنا. وقوله: (وهذا) أي القطع من الدخول عليها من غير استئذان وحشمة (لأن الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزاً عن

قال المصنف: (والمحرمية بدونها لا تحترم الخ) أقول: فيه تأمل قوله: (الأخت من الرضاعة) أقول: أي محرمية الأخت قال المصنف: (خلافاً للشافعي الخ) أقول: وذلك أنها بذلت نفسها وهي أنفس فالمال أولى، كذا قالوا لكنه خاص بما إذا كان المسروق منه الزوجة.

---

(١) تقدم مستوفياً مراراً، وإسناده جيد بطرقه.

(٢) تقدم في العتاق.

(٣) تقدم مراراً.

التهمة بخلاف النسب (وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو من زوج سيدته لم يقطع) لوجود الإذن بالدخول عادة، وإن سرق أحد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافاً للشافعي

بيوت أخوالكم» والحال أنه يقطع بالسرقة من صديقه. أجيب بأنه لما قصد سرقة ماله فقد عاداه فلم يقع الأخذ إلا في حال العداوة (ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره لا يقطع، ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره يقطع اعتباراً للحرز وعدمه) فسرقة مال الغير من بيت ذي الرحم المحرم سرقة من غير حرز، وسرقة مال ذي الرحم من بيت غيره سرقة من حرز فيقطع، وهذا يعكر على الوجه الذي قدمناه من أن في القطع القطيعة فيندرىء وهو الموعود، ولذا والله أعلم لم يعرّج المصنف عليه قوله: (وإن سرق من أمه من الرضاعة قطع) وهو قول أكثر العلماء (وعن أبي يوسف لا يقطع لأنه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الأخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة) ولذا يقطع بالسرقة منها اتفاقاً، وكذا الأب من الرضاعة. (وجه الظاهر أنه لا قرابة بينهما والمحرمية بدون القرابة لا تحترم كما إذا ثبتت المحرمية بالزنا) بأن زنى بامرأة تحرم عليه أمها وبنتها ويقطع بالسرقة منهما (وأقرب من ذلك الأخت من الرضاعة) فإن فيها محرمية بلا قرابة مع اتحاد سبب المحرمية فيهما، فالإلحاق بها في إثبات القطع أولى منه بالإلحاق بالمحرمة الثابتة بالوطء، ثم تعرض المصنف لإبطال الوجه المذكور لأبي يوسف صريحاً وهو قوله لأنه يدخل عليها الخ بقوله: (وهذا لأن الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزاً عن موقف التهمة بخلاف النسب) فإنه يشتهر بلا تحشم ولا تهمة، وهذا يتضمن منع قوله أنه يدخل عليها من غير استئذان الخ، فقال: لا نسلم ذلك إلا لو لم يكن مستلزماً تهمة لكنه يستلزمها لعدم الشهرة فيتهم فلا يدخل بلا استئذان، بخلاف النسب فإنه يشتهر فلا ينكر دخوله، فلذا قطع في سرقة مال أمه من الرضاعة ولم يقطع في سرقة مال أمه من النسب قوله: (وإذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو زوج سيدته لم يقطع لوجود الإذن في الدخول عادة) فاختل الحرز (وإن سرق أحد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافاً للشافعي) في أحد أقواله، وبه قال مالك وأحمد، وفي قول آخر كقولنا، وفي قول ثالث يقطع الرجل خاصة لأن للمرأة حقاً في ماله: أي النفقة. وجه قولنا أن بينهما بسوطة في الأموال عادة ودلالة فإنها لما بذلت نفسها وهي أنفس من المال كانت بالمال أسمح، ولأن بينهما سبباً يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين. وفي موطأ مالكٍ عن عمر أنه أتى بغلام سرق مرآة لامرأة سيده فقال: ليس عليه شيء، خادمكم سرق متاعكم، فإذا لم يقطع خادم الزوج فالزوج أولى. قال المصنف (هو نظير الاختلاف في الشهادة) يعني عندنا لا يقطع أحدهما بمال الآخر، كما أن شهادته لا تقبل لاتصال المنافع، وعنده يقطع كما تقبل في أحد قوليه. فإن قلت: أحد الزوجين ربما لا يبسط للآخر في ماله بل يحبسه عنه ويحرزه. قلنا: وكذلك الأب والابن قد يتفق من كل منهما ذلك ولا قطع بينهما اتفاقاً. وفي شرح الطحاوي: لو سرق من بيت الأصهار والأختان، قال أبو حنيفة: لا يقطع، وقالا: يقطع. ولا سرق من بيت زوجة ابنه أو أبيه و زوج ابنته أو بنت زوج أمه إن كان يجمعهما منزل واحد لم يقطع بالاتفاق، وإن كان كل في منزل على حدة فعلى الاختلاف المذكور. ولو سرق أحد الزوجين من الآخر ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت من غير عدة فلا قطع على واحد منهما. ولو سرق من أجنبية ثم تزوجها لا قطع عليه، سواء كان التزوّج بعد أن قضى بالقطع أو لم يقض في ظاهر الرواية. وروى عن أبي يوسف أنه قال: إذا قضى عليه بالقطع يقطع. ولو سرق من امرأته المبتوتة أو المختلعة في العدة لا قطع، وكذا إذا سرقت هي من الزوج في العدة وإن

موقف التهمة بخلاف النسب) وقوله: (وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر) ظاهر. وقوله: (ودلالة) معناه أنها لما بذلت نفسها وهي أنفس من الأموال فلأن تبذل المال أولى، وهو نظير الخلاف في الشهادة) فإن شهادة أحد الزوجين للآخر لا تقبل عندنا، وعنده تقبل في أحد قوليه بل هذا أولى لأن هذه البسوطة لما منعت قبول الشهادة فلأن تمنع القطع وهو مما يندرىء بالشبهات أولى قوله: (وهو مأثور عن عليّ رضي الله عنه درءاً وتعليلاً) يريد به ما روي عن عليّ رضي الله عنه أنه أتى برجل قد سرق من المغنم

رحمه الله لبسوطة بينهما في الأموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة (ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع) لأن له في أكسابه حقاً (وكذلك السارق من المغنم) لأن له فيه نصيباً، وهو مأثور عن عليّ رضي الله تعالى عنه درءاً وتعليلاً. قال: (والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور. وحرز بالحافظ) قال العبد الضعيف: الحرز لا بد

كانت منقضية العدة يجب القطع قوله: (ولو سرق المولى من مكاتبه لا يقطع) بلا خلاف (لأن للمولى حقاً في أكسابه) ولأن ماله موقوف دائر بينه وبين المكاتب لأنه إن عجز كان للمولى أو عتق كان له، فلا يقطع في سرقة مال موقوف دائر بين السارق وغيره، وكما إذا سرق أحد المتبايعين ما شرط فيه الخيار، وكما لا قطع على السيد كذلك لا قطع على المكاتب إذا سرق مال سيده لأنه عبد له أو من زوجة سيده وهو قول أكثر أهل العلم. وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر: يقطع بسرقة مال من عدا سيده كزوجة سيده لعموم الآية، وتقدم أثر عمر وهو في السرقة من مال زوجة سيده، وكان ثمن المرآة ستين درهماً، وعن ابن مسعود مثله ولم ينقل عن أحد من الصحابة شيء خلافه فحل محل الإجماع فتخصص به الآية، والحكم في المدبر كذلك قوله: (وكذلك السارق من المغنم) لا يقطع (لأن له فيه نصيباً وهو مأثور عن علي درءاً وتعليلاً) رواه عبد الرزاق في مصنفه: أخبرنا الثوري عن سماك بن حرب عن أبي عبيدة بن الأبرص وهو يزيد بن دثار قال: أتي عليّ برجل سرق من المغنم فقال: له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه، وكان قد سرق مغفراً. ورواه الدارقطني[1]. قيل وفي الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجه: حدثنا جبارة بن المغلس عن حجاج بن تميم عن ميمون بن مهران عن ابن عباس «أن عبداً من رقيق الخمس سرق من الخمس، فرفع إلى النبيّ ﷺ فلم يقطعه وقال: مال الله سرق بعضه بعضاً»[2] ولا يخفى أن هذا ليس مما نحن فيه؛ ألا ترى إلى قوله ﷺ «مال الله سرق بعضه بعضاً»[3] وكلامنا فيما سرقه بعض مستحقي الغنيمة، وإسناده ضعيف قوله: (قال) أي المصنف (الحرز لا بد منه) لوجوب القطع (لأن الاستسرار لا يتحقق دونه) لأنه إذا لم يكن له حافظ من بناء ونحوه أو إنسان متصدّ للحفظ يكون المال سائباً فلا يتحقق إخفاء الأخذ والدخول فلا تتحقق السرقة، وعلى هذا يكون قوله تعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة ٣٨] بنفسه يوجب الحرز إذ لا تتصور السرقة دون الإخفاء، ولا يتحقق الإخفاء دون الحافظ، فيخفى الأخذ منه أو البناء فيخفى دخوله بيت غيره من الناس. والأحاديث الواردة بعد ذلك في اشتراطه كقوله ﷺ «لا قطع في ثمر معلق، ولا في جريسة الجبل، فإذا آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن»[4] ونحوه وارد على وفق الكتاب لا

فدرأ عنه الحد وقال إن له فيه نصيباً. قال: (والحرز على نوعين) الحرز في اللغة عبارة عن المكان الحصين ويجوز أن يقال هو ما يراد به حفظ الأموال. وهو على نوعين (حرز لمعنى فيه) وهو إنما يكون بالمكان المعدّ لحفظ الأمتعة والأموال، ويختلف ذلك باختلاف الأموال (كالدور والبيوت والصندوق والحانوت) والحظيرة للغنم والبقر (وحرز بالحافظ كمن جلس في الطريق أو في

قال المصنف: (ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع، إلى قوله: وكذا السارق من المغنم الخ) أقول: فيه بحث لأن عدم القطع في تينك المسئلتين على مقتضى هذين التعليلين لا يكون لانتفاء الحرز فلا يناسب ذكرهما في هذا الفصل، بل الموضع المناسب لذكرهما الباب السابق عند قوله ولا يقطع السارق من بيت المال، والظاهر أن ذكرها استطرادي قال المصنف: (لأن له فيه نصيباً) أقول: هذا التعليل يدل على أنه لو لم يكن له فيه نصيب يقطع، لكن الرواية مطلقة في مختصر القدوري وشرح الطحاوي فلا بد من تعليل آخر.

---

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٨/ ٢٨٢ وكذا الدارقطني في المؤتلف والمختلف كما في نصب الراية ٣/ ٣٦٨ عن أبي عُبيد بن الأبرص، وفي إسناده اضطراب حيث اختلف على الأبرص هذا فقيل: ابن عبيد، وقيل: يزيد بن دثار، وقيل دثار بن يزيد. فالخبر ضعيف لكن اعتضد بمرسل أسنده البيهقي ٨/ ٢٨٢ عن الشعبي عن علي بمعناه، وإسناده إلى الشعبي صحيح.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٥٩٠ والبيهقي ٨/ ٢٨٢ كلاهما من حديث ابن عباس، وضعفه البيهقي. قال البوصيري في الزوائد: فيه جبارة بن مغلس ضعيف. وكذا ضعفه ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ٦٩ ووافقه ابن الهمام.

(٣) هو بعض المتقدم، وإسناده واهٍ.

(٤) تقدم تخريجه في ٢/ ٣٦٦ من حديث عمرو بن شعيب وإسناده حسن. وجريسة الجبل: الغنم تسرق من الجبال أي من غير حرز.

منه لأن الاستسرار لا يتحقق دونه، ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لإحراز الأمتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت، وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به، وقد قطع رسول الله ﷺ من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد. وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ هو الصحيح لأنه محرز بدونه وهو البيت وإن لم يكن له باب أو كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه، لأن البناء لقصد الإحراز إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج منه لقيام يده فيه قبله، بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه، كما أخذ لزوال يد المالك بمجرد الأخذ فتتم السرقة، ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً أو نائماً والمتاع

مبين مخصص (**ثم هو على نوعين**: حرز) بالمكان (**كالدور والبيوت**) والجدران والحوانيت للتجار وليست هي التي تسمى في عرف بلاد مصر الدكاكين والصناديق والخيام والخركاه وجميع ما أعد لحفظ الأمتعة، وقد يكون بالحافظ وهو بدل عن الأماكن المبنية على ما ذكر في المحيط، وذلك (**كمن جلس في الطريق**) أو في الصحراء (**أو في المسجد وعنده متاع فهو محرز به، وقد قطع النبيّ ﷺ من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد**) على ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه ومالك في الموطإ وأحمد في مسنده من غير وجه والحاكم، وحكم صاحب التنقيح ابن عبد الهادي أنه حديث صحيح، وله طرق كثيرة وألفاظ مختلفة، وإن كان في بعضها انقطاع وفي بعضها من هو مضعف، ولكن تعددت طرقه واتسع مجيئه اتساعاً يوجب الحكم بصحته بلا شبهة. وفي طريق السنن عن عبد الله بن صفوان عن أبيه «أنه طاف بالبيت وصلى ثم لف رداء له من برد فوضعه تحت رأسه فنام، فأتاه لص فاستله من تحت رأسه، فأخذه فأتى به النبي ﷺ فقال: إن هذا سرق ردائي، فقال له النبي ﷺ: أسرقت رداء هذا؟ قال، نعم، قال: اذهبا به فاقطعا يده، فقال صفوان: ما كنت أريد أن تقطع يده في ردائي، قال: فلولا كان قبل أن تأتيني به» زاد النسائي «فقطعه» وفي المستدرك: سماه خميصة ثمن ثلاثين درهماً[1] قوله: (**وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ هو الصحيح**) احتراز عما في العيون أن على قول أبي حنيفة يقطع السارق من الحمام في وقت الإذن: أي في وقت دخولها إذا كان ثمة حافظ. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يقطع، وبه أخذ أبو الليث والصدر الشهيد وفي الكافي: وعليه

المسجد وعنده متاعه فإنه محرز به) وكل واحد منهما ينفك عن الآخر (**وقد ثبت أن رسول الله ﷺ قطع من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد**) وهو ليس بحرز لأنه لم يقصد به الإحراز، وإذا سرق من البيت ولم يكن له باب أو له باب ولكنه مفتوح وصاحبه ليس عنده يقطع (**ففي الحرز بالمكان لا يعتبر، الإحراز بالحافظ**) فلو سرق من بيت مأذون له بالدخول فيه لكن مالكه يحفظه لا يقطع لأن المعتبر هو الحرز بالمكان. وقوله: (**هو الصحيح**) احتراز عما ذكر في العيون أنه عند أبي حنيفة يقطع

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٤٣٩٤ والنسائي ٤/ ٦٩ وابن الجارود ٨٦٨ والحاكم ٤/ ٣٨٠ والبيهقي ٨/ ٢٦٥ كلهم عن سماك بن حرب عن حميد ابن أخت صفوان عن صفوان به، وحميد هذا مجهول كما في الميزان للذهبي، وفي التقريب لابن حجر: مقبول. وهو كما قال لأنه توبع. فقد أخرجه النسائي ٨/ ٦٩ والدارمي ٢/ ١٧٢ كلاهما من طريق عكرمة عن صفوان به، وفيه أشعث بن سوار ضعيف لكن تابعه عبد الملك بن بشير في رواية ثانية للنسائي ٨/ ٦٩.

ورواه النسائي ٨/ ٧٠ من طريق طاووس عن صفوان وأخرجه الحكم ٤/ ٣٨٠ من وجه آخر عن طاووس عن صفوان مختصراً وصححه، ووافقه الذهبي، وهو كما قالا رجاله كلهم ثقات. وأخرجه أحمد ٦/ ٤٦٥، ٤٦٦ من وجه آخر عن ابن طاووس عن طاووس عن صفوان وإسناده صحيح رجاله ثقات وأخرجه النسائي ٨/ ٦٨ وأحمد ٦/ ٤٦٥ كلاهما عن عطاء عن طارق بن مُرَقِّع عن صفوان، وإسناده لا بأس به، وطارق مقبول.

ورواه النسائي عن عطاء عن صفوان بلا واسطة وأخرجه مالك ٢/ ٨٣٤ حـ ٢٨ وعنه الشافعي ١٥٠٩ وابن ماجه ٢٥٩٥ عن صفوان بن عبد الله بن صفوان عن صفوان كذا وصله ابن ماجه، والصواب رواية مالك والشافعي عن ابن صفوان: أن صفوان... فذكره مرسلاً.

وأخرجه أحمد ٦/ ٤٦٥ عن الزهري به، وهذا مرسل قوي فهذه الروايات يقوي بعضها بعضاً.

وقد قال ابن عبد الهادي في التنقيح ٣/ ٣٦٧: حديث صفوان صحيح. وكذا صححه الحاكم، والذهبي، وابن الهمام، وذلك لتعدد طرقه وأسانيده، فالحديث حسن أو صحيح إن شاء الله تعالى.

تحته أو عنده هو الصحيح لأنه يعد النائم عند متاعه حافظاً له في العادة. وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لأنه ليس بتضييع، بخلاف ما اختاره في الفتاوى. قال: **(ومن سرق شيئاً من حرز أو من غير حرز وصاحبه عنده بحفظه**

الفتوى وهو ظاهر المذهب. وجه الصحيح **(أنه محرز بدون الحافظ)** لأن المكان في نفسه صالح للإحراز وهو المنع من وصول يد غير صاحبه إلى ما فيه، ويكون المال مع ذلك مختفياً، وليس هذا مع الحافظ فهو فرع، ولا اعتبار للفرع مع وجود الأصل فلا يعتبر وجوده معه، فلذا كان الأصح أنه إذا دخل الحمام في وقت الإذن في دخولها وسرق منها ما عنده حافظ لا يقطع، لأن الحمام في نفسه صالح لصيانة الأموال، إلا أنه اختل الحرز للإذن في دخولها ولذا يقطع إذا سرق منها ليلاً، بخلاف المسجد فإنه ما وضع لإحراز الأموال فيقطع السارق بمال عنده من يحفظه فيه، وقد قطع سارق رداء صفوان وكان نائماً في المسجد[1]، ولكون المكان هو الحرز الذي يقتصر النظر عليه قلنا يقطع السارق منه وإن لم يكن له باب أوله باب ولكنه مفتوح لأن البناء للإحراز **(إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج لقيام يد المالك قبل الإخراج)** من داره فلا يتحقق الأخذ إلا بإزالة يده وذلك بالإخراج من حرزه **(بخلاف المحرز بالحافظ فإنه يقطع كما أخذه لزوال يد المالك بمجرد الأخذ فتتم السرقة)** فيجب موجبها **(ولا فوق)** في وجوب القطع **(بين كون الحافظ)** في الطريق والصحراء والمسجد **(مستيقظاً أو نائماً والمتاع تحته)** أو تحت رأسه **(أو عنده)** وهو بحيث يراه **(لأنه يعد النائم عند متاعه)** وبحضرته كيفما نام مضطجعاً أو لا **(حافظاً له في العادة)** وقوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن قول بعضهم باشتراط كون المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه. وجه الصحيح ما ذكرنا **(ولهذا لا يضمن المودع والمستعير)** إذا حفظ الوديعة والعارية كذلك فسرقت، ولو لم يكن ذلك حفظاً لضمنا **(بخلاف ما اختاره في الفتاوى)** فإنه أوجب فيها الضمان على المودع والمستعير إذا نام مضطجعاً، ثم ما كان حرزاً لنوع يكون حرزاً لجميع الأنواع هو الصحيح كما ذكره الكرخي، حتى لو سرق لؤلؤة من إصطبل أو حظيرة غنم يقطع، بخلاف ما إذا سرق الغنم من المرعى فقد أطلق محمد عدم القطع فيه وفي الفرس والبقر، وهو مقيد بما إذا لم يكن معها من يحفظها، فإن كان قطع إذا لم يكن راعياً، فإن كان الذي يحفظها الراعي ففي البقالي لا يقطع، وهكذا في المنتقى عن أبي حنيفة. وأطلق خواهر زاده ثبوت القطع إذا كان معها حافظ. ويمكن التوفيق بأن الراعي لم يقصد لحفظها من السراق بخلاف غيره. ونقل الإسبيجابي عن بعض أصحابنا أن كل شيء يعتبر بحرز مثله فلا يقطع باللؤلؤة من الأماكن المذكورة والثياب النفيسة منها، وهذا قول الشافعي قوله: **(ومن سرق شيئاً من حرز أو من غير حرز)** كالصحراء **(وصاحبه عنده يحفظه قطع لأنه سرق مالاً محرزاً بأحد الحرزين)** وهذا بعمومه

فيه. ووجه الصحيح أن الحرز الحقيقي هو الحرز بالمكان لأنه يمنع وصول اليد إلى المالي ويكون المال مختفياً به، وأما الحرز بالحافظ فإنه وإن منع وصول اليد إليه لكن المال لا يختفي به، ثم المحرز بالمكان لا يجب القطع بهتكه إلا بإخراج المتاع منه لقيام يده قبله، والمحرز بالحافظ يجب القطع فيه إذا أخذ المال **(لزوال يد المالك بمجرد الإخذ فتتم السرقة)** وهذا أيضاً مما يدلك على أن الحرز بالمكان أقوى **(ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً أو نائماً والمتاع عنده أو تحته هو الصحيح (لأن النائم عند متاعه يعدّ حافظاً لمتاعه)** وقوله: **(هو الصحيح)** احتراز عن قول بعض مشايخنا إن صاحب المتاع إنما يكون محرزاً لمتاعه في حال نومه

قال المصنف: **(لأنه محرز بدونه وهو البيت)** أقول: قال الزيلعي: لأن الحرزية فوق الحرز بالحافظ لأن الحرز ما يمنع وصول اليد إلى المال وبه امتنع من اختفائه عن أعينهم، فكان الحرز بالحافظ دونه فيكون كالبدل عنه فلا يعتبر حال وجود الأصل انتهى. لا يقال إذا كان في الحرز بالحافظ شبهة البدلية يجب أن لا يقطع السارق منه إذ الحدود تندرىء بالشبهات لأنا تركنا القياس لحديث صفوان. قال المصنف: **(ومن سرق شيئاً من حرز)** أقول: تفريع وبيان لما قاله أو لا بقوله الحرز على نوعين الخ.

---

(١) هو المتقدم.

قطع) لأنه سرق مالاً محرزاً بأحد الحرزين **(ولا قطع على من سرق مالاً من حمّام أو من بيت أذن للناس في دخوله)** لوجود الإذن عادة أو حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات، إلا إذا سرق منها ليلاً لأنها بنيت لإحراز الأموال، وإنما الإذن يختص بالنهار **(ومن سرق من المسجد متاعاً وصاحبه عنده قطع)** لأنه محرز بالحافظ لأن المسجد ما بني لإحراز الأموال فلم يكن المال محرزاً بالمكان، بخلاف الحمام والبيت الذي أذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لأنه بني للإحراز فكان المكان حرزاً فلا يعتبر الإحراز بالحافظ **(ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه)** لأن البيت لم يبق حرزاً في حقه لكونه مأذوناً في دخوله، ولأنه بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة

يتناول ما إذا سرق من حمام وصاحبه عنده يحفظه، وتقدم أن الصحيح أنه لا يقطع به إذا كان وقت الإذن، إلا أن قوله وصاحبه عنده يختص بما يليه وهو قوله من غير حرز فلا يرد الحمام فإنه حرز، على أن قوله بعد ذلك ولا قطع على من سرق من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله تقييد له، فإنه بعمومه يقتضي أن لا يقطع، وإن كان صاحبه عنده يحفظه والوجه ظاهر من الكتاب، وهذا تفريع على ما قدمه من الأصل المذكور قوله: **(ويدخل في ذلك)** أي يدخل في بيت أذن في دخوله **(الخانات والحوانيت)** فيثبت فيها حكم عدم القطع نهاراً فإن التاجر يفتح حانوته نهاراً في السوق ويأذن للناس في الدخول ليشتروا منه فإذا سرق واحد منه شيئاً لا يقطع وكذا الخانات **(إلا إذا سرق منها ليلاً لأنها بنيت لإحراز الأموال)** وإنما اختل الحرز بالنهار للإذن وهو منتف بالليل **(ومن سرق من المسجد متاعاً وصاحبه عنده قطع لأنه محرز بالحافظ، لأن المسجد ما بني لإحراز الأموال فلم يكن محرزاً بالمكان)** لينقطع اعتبار الحافظ ثم تختل حرزيته بالإذن كالحمام، فكان الحافظ معتبراً حرزاً فيقطع بالأخذ، وعلى هذا ما في الخلاصة: جماعة نزلوا بيتاً أو خاناً فسرق بعضهم من بعض متاعاً وصاحب المتاع يحفظه أو تحت رأسه لا يقطع، ولو كان في المسجد جماعة قطع قوله: **(ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه لأن البيت لم يبق حرزاً في حقه لكونه مأذوناً في دخوله، ولأنه)** بالإذن صار **(بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة)** وكذلك إذا سرق من بعض بيوت الدار التي أذن له في دخولها وهو مقفل أو من صندوق مقفل، ذكره القدوري في شرحه، لأن الدار مع جميع بيوتها حرز واحد، ولهذا إذا أخرج اللص من بعض بيوت الدار إلى الدار لا يقطع ما لم يخرجه من الدار، وإذا كان واحداً فبالإذن في الدار اختل الحرز في البيوت، وسيأتي ما يفيد هذا قوله: **(ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لأن الدار كلها حرز واحد فلا بد من الإخراج، ولأن الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الأخذ)** وهتك الحرز **(فإذا كانت فيها مقاصير فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار قطع)** هذا كلام محمد، وأوّل بما إذا كانت الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم ويستغنون به استغناء أهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار، وإنما ينتفعون به انتفاعهم بالسكة

إذا جعل المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه، أما إذا كان موضوعاً بين يديه فلا يكون محرزاً في حال نومه، أخذوا ذلك من قوله في الأصل المسافر ينزل في الصحراء فيجمع متاعه ويبيت عليه فسرق منه رجل قطع. قالوا: قوله يبيت عليه يشير إلى أنه إنما يقطع إذا نام عليه، ومال إلى الأول شمس الأئمة. وقال: (المودع والمستعير لا يضمنان بمثل ذلك لأنه ليس بتضييع، بخلاف ما قاله في الفتاوى) يعني قال فيها إنهما يضمنان في هذه الصورة، ولكن ذكر في الفتاوى الظهيرية مثل ما ذكره شمس الأئمة ثم قال: وقالوا إنما لا يجب الضمان إذا وضع الوديعة بين يديه ونام فيما إذا نام قاعداً، وأما إذا نام مضطجعاً فعليه الضمان، وهذا إذا كان في الحضر، وأما إذا كان في السفر فلا ضمان عليه نام قاعداً أو مضطجعاً، كذا في النهاية. وقوله: **(ولا قطع على من سرق من حمام)** يعني في الوقت الذي أذن للناس بالدخول فيه **(أو من بيت أذن للناس في دخوله لوجود الإذن عادة)** يعني في الحمام **(أو حقيقة)** يعني في البيت الذي أذن للناس بالدخول فيه. وقوله: **(ويدخل في ذلك)** أي في قوله أو من بيت أذن للناس في دخوله. وقوله: **(إلا إذا سرق منها ليلاً)** استثناء من قوله ولا قطع. وقوله: **(ومن سرق من المسجد متاعاً)** ظاهر. وقوله: **(ومن سرق سرقة)** أي مالاً وسمى الشيء المسروق سرقة مجازاً، ومنه قول محمد: إذا كانت السرقة مصحفاً. وقوله: **(وإن كانت فيها)** أي

(ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لأن الدار كلها حرز واحد فلا بد من الإخراج منها) ولأن الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الأخذ **(فإن كانت دار فيها مقاصير فأخرجها من المقصورة إلى صحن الدار قطع)** لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة **(وإن أغار إنسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع)** لما بينا **(وإذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما)** لأن الأول لم يوجد منه الإخراج

لأنه على هذا التقدير بعد الإخراج إليها كالإخراج إلى السكة، بخلاف ما تقدم لأن بيوت الدار كلها في يد واحد، وهنا كل بيت حرز على حدته لاختلاف السكان. وفي الفتاوى الصغرى: القوم إذا كانوا في دار كل واحد في مقصورة على حدة عليه باب يغلق فنقب رجل من أهل الدار على صاحبه وسرق منه إن كانت الدار عظيمة يقطع وإلا فلا. ثم في الفصل الأول قال بعضهم: لا ضمان عليه إذا تلف المسروق في يده قبل الإخراج من الدار ولا قطع عليه، والصحيح أنه يضمن لوجود التلف على وجه التعدي بخلاف القطع لأن شرطه هتك الحرز ولم يوجد قوله: **(وإن أغار إنسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع)** يريد دخل مقصورة على غرة فأخذ بسرعة، يقال أغار الفرس والثعلب في العدو: إذا أسرع، وقوله فسرق تفسير لقوله أغار قوله: **(وإذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال فتناوله آخر خارج البيت)** عند النقب أو على الباب **(فلا قطع عليهما)** بلا تفصيل بين إخراج الداخل يده إلى الخارج أو إدخال الخارج يده **(ثم روي عن أبي يوسف: إن أخرج الداخل يده منها إلى الخارج فالقطع على الداخل، وإن أدخل الخارج يده فتناولها فعليهما القطع)** وعلل الإطلاق الذي هو ظاهر المذهب بقوله: **(لاعتراض يد معتبرة على المال)** المسروق **(قبل خروجه)** أي قبل خروج الداخل، والوجه أن يقطع الداخل كما عن أبي يوسف لأنه دخل الحرز وأخرج المال منه بنفسه، وكونه لم يخرج كله معه لا أثر له في ثبوت الشبهة في السرقة وإخراج المال، وما قيل إن السرقة تمت بفعل الداخل والخارج ثم الخارج لا يقطع فكذا الداخل ممنوع بل تمت بالداخل وحده، وإنما تتم بهما إذا أدخل الخارج يده فأخذها، وفيه قال أبو يوسف يقطعان. وقول مالك إن كانا متعاونين قطعا هو محمل قول أبي يوسف، وقال: فإن انفرد كل بفعله لا يقطع واحد منهما، وهذا لا يتحقق في هذه الصورة إلا إذا اتفق أن خارجاً رأى نقباً فأدخل يده فوقعت على شيء مما جمعه الداخل فأخذه فظاهر أنه لا يقطع واحد منهما. قال: والمسئلة بناء على مسئلة أخرى تأتي يعني مسئلة نقب البيت وألقاه في الطريق ثم خرج وأخذه، ولم يذكر محمد ما إذا وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج وأخذه، قيل يقطع، والصحيح أنه لا يقطع، قيل ولو كان في الدار نهر جار فرمى المال في النهر ثم خرج فأخذه، إن خرج بقوة الماء لا يقطع لأنه لم يخرجه، وقيل يقطع لأنه إخراج ذكره التمرتاشي. وقال في المبسوط فيما إذا أخرجه الماء بقوة

في الدار **(مقاصير)** يعني حجرات وبيوت. وقوله: **(وإن أغار إنسان)** أي دخل بسرعة. قال في النهاية ناقلاً عن المغرب: إن أغار لفظ شمس الأئمة الحلواني والضمري، وأما لفظ محمد فهو وإن أعان إنسان من أهل المقاصير إنساناً على متاع من يسكن مقصورة أخرى. ولفظ شمس الأئمة السرخسي كذلك، وكأنه أصح لأن الإغارة في باب السرقة غير لائقة، لأن السرقة أخذ مال في خفاء وحيلة فلذلك سمي السارق به لأنه يسارق عين المسروق منه، والإغارة أخذ في المجاهرة مكابرة ومغالبة. وقيل يجوز أن يكون بعض أهل المقاصير يدخل على بعض آخر بالليل جهراً ومكابرة ومختفياً عن أعين الناس، ومثل هذا المعنى لا يليق به إلا الإغارة، وإذا صح المعنى جاز أن يكون لفظ الإغارة مروياً عن محمد، وكان قول المصنف فسرق منها بعد قوله أغار إشارة إلى هاتين الجهتين. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لأن كل مقصورة الخ. وقوله: **(وإذا نقب اللص البيت)** ظاهر. وقوله: **(وهي**

قوله: **(وكان قول المصنف فسرق منها بعد قوله أغار إشارة إلى هاتين الجهتين)** أقول: يعني الدخول بالليل جهراً والاختفاء عن أعين الناس قوله: **(وهو بناء على مسئلة)** أقول: يظهر بناؤها عليها بأدنى التأمل، لكن لا بد في قطع الداخل إذا أدخل الخارج يده من ملاحظة دليل قوله إذا دخل الحرز جماعة.

لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه، والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد. وعن أبي يوسف رحمه الله: إن أخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل، وإن أدخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع، وهي بناء على مسألة تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى. **(وإن ألقاه في الطريق وخرج فأخذه قطع)** وقال زفر رحمه الله: لا يقطع لأن الإلقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ، وكذا الأخذ من السكة كما لو أخذه غيره. ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السرّاق لتعذر الخروج مع المتاع، أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلاً واحداً، فإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق. قال: **(وكذلك إن حمله على حمار فساقه وأخرجه)** لأن سيره مضاف إليه لسوقه **(وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعاً)** قال العبد

جريه الأصح أنه يلزمه القطع، وهو قول الأئمة الثلاثة لأن جري الماء به كان بسبب إلقائه فيه فيصير الإخراج مضافاً إليه، وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكناً من دفع صاحب البيت فلا يكون مسقطاً للقطع عنه، ولو كان راكداً أو جريه ضعيفاً فأخرجه بتحريك الماء قطع بالإجماع، وهذا يرد نقضاً على مسئلة المذهب لأنه يصدق عليه أنه لم يخرج مع المال ولكن لا يصدق عليه اعتراض اليد المعتبرة قبل أن يخرج به **(ولو ألقاه)** الداخل **(في الطريق ثم خرج وأخذه قطع)** وبه قالت الأئمة الثلاثة خلافاً لزفر **(له أن الإلقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذه)** بأن تركه أو أخذه غيره **(وكذا الأخذ من السكة)** غير موجب للقطع فلا يقطع بحال **(ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السرّاق لتعذر الخروج مع المتاع** لضيق النقب **أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار)** إن أدرك **(ولم يعترض على المال الذي أخرجه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلاً واحداً، وإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع)** لمال صاحب الدار عداوة ومضارة **(لا سارق)** وإذا أخذه غيره فقد اعترضت يد معتبرة فقطعت نسبة الأخذ إليه.

والحاصل أن يد السارق تثبت عليه، وبالإلقاء لم تزل يده حكماً لعدم اعتراض يد أخرى؛ ألا ترى أن من سقط منه مال في الطريق فأخذه إنسان ليرده عليه ثم رده إلى مكانه لم يضمن لأنه في ذلك المكان في يد صاحبه حكماً فرده إليه كرده إلى صاحبه، بخلاف ما لو أخذه غيره لسقوط اليد الحكمية باليد الحقيقية **(وكذا إذا حمله على حمار فساقه فأخرجه لأن سيره مضاف إليه بسوقه)** فيقطع. وفي مبسوط أبي اليسر: وكذا إذا علقه في عنق كلب وزجره يقطع، ولو خرج بلا زجره لا يقطع لأن للدابة اختياراً، فما لم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لا تنقطع نسبة الفعل إليها، وكذا إذا علقه على طائر فطار به إلى منزل السارق أو لم يسق الحمار فخرج بنفسه إلى منزل السارق لا يقطع قوله: **(وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعاً. قال رحمه الله: وهذا استحسان، والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر)** والأئمة الثلاثة لأن فعل السرقة لا يتم إلا بالإخراج بعد الأخذ، والأخذ إن نسب إلى الكل فالإخراج إنما وجد منه فإنما تمت السرقة منه. قلنا: نعم هذا هو القياس، ولكنا استحسنا قطعهم **(لأن الإخراج وإن قام به وحده لكنه في المعنى من**

بناء على مسئلة تأتي بعد هذا) إشارة إلى مسئلة نقب البيت قوله: **(وإن ألقاه في الطريق)** واضح. وحاصله أن يده تثبت عليه بالأخذ ثم بالرمي إلى الطريق لم تزل يده حكماً لعدم اعتراض يد أخرى على يده، وإذا بقيت يده حكماً وقد تقرر ذلك بالأخذ الثاني وجب القطع قوله: **(ولم تعترض عليه يد معتبرة)** جواب عن قوله كما لو أخذه غيره فإن هناك يداً معتبرة اعترضت عليه فأوجبت سقوط اليد الحكمية للسارق فلما لم تسقط اليد الحكمية هنا لم يرد ما ذكره زفر لأنه خرج من الحرز ولا مال في يده. وقوله: **(فاعتبر الكل)** أي إلقاؤه في الطريق ثم أخذه منه **(فعلاً واحداً)** كما إذا أخذ المال وخرج معه من الحرز فإنه فعل واحد كذلك. هذا وقوله: **(فإذا خرج ولم يأخذه جواب عن قوله كما لو خرج ولم يأخذ)**. وقوله: **(وكذا إن حمله على حمار)** ظاهر. قال: **(وإذا دخل الحرز جماعة)** كلامه واضح، وإنما وضع المسئلة في دخول جميعهم لأنهم إذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت وأخرج المتاع إن عرف بعينه، وإن لم يعرف فعليهم التعزير، ولا يقطع واحد منهم، وإن كان غير الداخل يعين الداخل. والفرق بينهما أنهم لما لم يدخلوا البيت لم يتأكد معاونتهم

الضعيف: هذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رحمه الله؛ لأن الإخراج وجد منه فتمت السرقة به. ولنا أن الإخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى، وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع، فلو امتنع القطع لأدى إلى سد باب الحد. قال: (**ومن نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيئاً لم يقطع**) وعن أبي يوسف في الإملاء أنه يقطع لأنه أخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه،

الكل لتعاونهم كما في السرقة الكبرى) وإذا باشر بعضهم القتل والأخذ والباقون وقوف يجب حد قطع الطريق على الكل لنسبة الفعل إلى الكل شرعاً بسبب معاونتهم، وأن قدرة القاتل والآخذ إنما هي بهم فكذا هذا (**فإن السرّاق يعتادون ذلك فيتفرغ غير الحامل للدفع**) فكان مثله وبهذا القدر يتم الوجه. وقوله بعد ذلك (**فلو امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد**) إن منع لم يضرّ، وإنما وضعها في دخول الكل لأنه لو دخل بعضهم لكنهم اشتركوا في فعل السرقة لا يقطع إلا الداخل إن عرف بعينه، وإن لم يعرف عزّروا كلهم وأبد حبسهم إلى أن تظهر توبتهم قوله: (**ومن نقب البيت وأدخل يده فأخذ شيئاً لم يقطع**) وهذا ظاهر الرواية عن الكل ولذا لم يذكر الحاكم خلافاً (**وروي عن أبي يوسف في الإملاء أنه يقطع**) وهو قول الأئمة الثلاثة لأن إخراج المال من الحرز هو المقصود وقد تحقق، والدخول فيه لم يفعل قط إلا له فكان هو المقصود من الدخول وقد وجد، فاعتباره شرطاً في القطع بعد المقصود اعتبار صورة لا أثر لها غير ما حصل (**وصار كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغطريفي**) أو في الجوالق. والغطريفي: درهم منسوب إلى الغطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد، وكانت دراهمه من أعزّ النقود ببخارى. قال المصنف (**ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال**) وعرفت أن هذا في حيز المنع منهم فأثبته بقوله: (**تحرزاً عن شبهة العدم**) أي شبهة عدم السرقة وهي مسقطة، فإن الناقص يشبه العدم، وقد يمنع نقصان هذه السرقة لأنها أخذ المال خفية من حرز وقد تحقق والدخول ليس من مفهومها، ولا شرط لوجودها إذ قد يتحقق هذا المفهوم بلا دخول وقد يتحقق معه، وفي كلا الصورتين معنى السرقة تام لا نقص فيه، وكون الدخول هو المعتاد باتفاق الحال لأنه قلما يقدر على إخراج شيء ما لم يبصره بعينه من جوانب البيت فيقصد إليه، وقلما يدخل الإنسان يده من كوّة بيت فتقع على مال ثم فرق بينه وبين الصندوق أن الدخول في الصندوق غير ممكن فسقط اعتباره، بخلاف البيت (**بخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع فإنه هو المعتاد**) قوله: (**ومن طرّ**) أي شق (**صرة**) والصرة الهميان والمراد من الصرة هنا الموضع المشدود فيه دراهم من الكم (**لم يقطع، وإن أدخل يده في الكم قطع، لأن في الوجه الأول الرباط من خارج، فبالطرّ يتحقق الأخذ من خارج فلا يوجد هتك الحرز. وفي الثاني الرباط من داخل فبالطرّ يتحقق الأخذ من الحرز وهو الكم، ولو كان مكان الطرّ حل الرباط، ثم الأخذ في الوجهين ينعكس الجواب**) فإذا كان الرباط من خارج يقطع لأنه أخذ الدراهم حينئذ من باطن الكم، وإن كان الرباط من داخل الكم لا يقطع لأنه حينئذ يأخذها من خارج الكم، فظهر ن انعكاس الجواب (**لانعكاس العلة. وعن أبي يوسف**

بهتك الحرز بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم لما أن كمال هتك الحرز إنما يكون بالدخول وقد وجد في مسئلة الكتاب فاعتبر اشتراكهم. قالوا: هذا إذا كان الآخذ الحامل ممن يجب عليه القطع عند الانفراد بأن كان عاقلاً بالغاً، وأما إذا كان الآخذ الحامل صبياً أو مجنوناً فلا يقطع واحد منهم لأن غير الحامل في هذا الفعل تبع للآخذ الحامل، فإذا لم يجب القطع على من هو أصل لا يجب على من هو تبع وإن كان الذي تولى الحمل والإخراج كبيراً لكن فيهم صبيّ أو مجنون فكذلك الجواب على قول أبي حنيفة ومحمد، لأن الفعل من الكل واحد وقد تمكنت الشبهة في فعل بعضهم فلا يجب على الباقين. وقال أبو يوسف: يجب القطع إلا على الصبيّ والمجنون قوله: (ومن نقب البيت) واضح. والغطريفي هو الدرهم المنسوب إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد، والدراهم الغطريفية كانت من أعز النقود ببخاري كذا في المغرب. ويؤيد وجه ظاهر الرواية ما روي عن علي أنه قال: اللص إذا كان ظريفاً لا يقطع، قيل: وكيف ذلك؟ قال: أن ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير أن يدخل.

كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغطريفي. ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزاً عن شبهة العدم والكمال في الدخول، وقد أمكن اعتباره والدخول هو المعتاد، بخلاف الصندوق لأن الممكن فيه إدخال اليد دون الدخول، وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لأن ذلك هو المعتاد. قال: (وإن طر صرة خارجة من الكم لم يقطع، وإن أدخل يده في الكم يقطع) لأن في الوجه الأول الرباط من خارج، فبالطر يتحقق الأخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز. وفي الثاني الرباط من داخل، فبالطر يتحقق الأخذ من الحرز وهو الكم، ولو كان مكان الطر حل الرباط، ثم الأخذ في الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقطع على كل حال لأنه محرز إما بالكم أو بصاحبه. قلنا: الحرز هو الكم لأنه يعتمده، وإنما قصده قطع المسافة أو الاستراحة فأشبه الجوالق (وإن سرق

أنه) أي الطرار (يقطع على كل حال) وهو قول الأئمة الثلاثة، لأن في صورة أخذه من خارج الكم إن لم يكن محرزاً بالكم فهو محرز بصاحبه، وإذا كان محرزاً بصاحبه وهو نائم إلى جنبه فلأن يكون محرزاً به وهو يقظان والمال يلاصق بدنه أولى قلنا: (بل الحرز هنا ليس إلا الكم لأن صاحب المال يعتمد الكم) أو الجيب لا قيام نفسه فصار الكم كالصندوق، وهذا لأن المطرور كمه إما في حال المشي أو في غيره، فمقصوده في الأول ليس إلا قطع المسافة لا حفظ المال، وإن كان الثاني فمقصوده الاستراحة عن حفظ المال وهو شغل قلبه بمراقبته فإنه متعب للنفس فيربطه ليريح نفسه من ذلك، فإنما اعتمد الربط والمقصود هو المعتبر في هذا الباب، ألا ترى أن من شق جوالقاً على جمل يسير فأخذ ما فيه قطع لأن صاحب المال اعتمد الجوالق فكان السارق منه هاتكاً للحرز فيقطع، ولو أخذ الجوالق بما فيه لا يقطع. وكذا لو سرق من الفسطاط قطع، ولو سرق نفس الفسطاط لا يقطع، لأنه ليس محرزاً بل ما فيه محرز به فلذا قطع فيما فيه دونه، بخلاف ما لو كان الفسطاط ملفوفاً عنده يحفظه أو في فسطاط آخر فإنه يقطع به. ولو سرق الغنم من المرعى لا يقطع وإن كان الراعي معها، لأن الراعي لا يقصد الحفظ بل مجرد الرعي، بخلاف ما لو كانت في حظيرة بناها لها وعليها باب مغلق فأخرجها منه قطع لأنها بنيت لحفظها، وعند الأئمة الثلاثة إذا كان الراعي بحيث يراها يقطع لأنها محرزة به، وإن كانت غائبة عن نظره أو هو نائم أو مشغول فليست محرزة، وكذا إذا أخذ الجوالق[1] بما فيه من الجمال المقطرة يقطع، وبما ذكر من التفصيل في الطر ظهر أن ما يطلق في الأصول من أن الطرار إنما يأتي على قول أبي

وقوله: (بخلاف الصندوق) جواب عن قوله كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي. فإن قيل: لو كان الكمال في هتك الحرز شرطاً تحرزاً عن شبهة العدم لما وجب القطع فيما تقدم من حمل بعض القوم المتاع دون بعض لأن فيه شبهة العدم. أجاب بأن ذلك هو المعتاد (وإن طرّ صرة) الطرار هو الذي يطر الهميان: أي يشقها ويقطعها، والصرة وعاء الدراهم، يقال صررت الصرة: أي شددتها، والمراد بالصرة هنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم، وفي هذا التفصيل المذكور في الكتاب دليل على أن المذكور في أصول الفقه بأن الطرار يقطع ليس بمجرى على عمومه بل هو محمول على الصورة الثانية، وهي ما إذا أدخل يده في الكم فطرها قوله: (فلا يوجد هتك الحرز) يعني إدخال اليد في الكم وإخراج الدراهم منه. وقوله: (في الوجهين) أي من الخارج والداخل. وقوله: (ينعكس الجواب) يعني فيما إذا كان حلّ الرباط خارج الكم يجب القطع، لأنه لما حلّ الرباط الذي كان خارج

قال المصنف: (لأن في الوجه الأول إلى قوله: هتك الحرز) أقول: فيه بحث يندفع بأدنى تأمل، فإنه لا يدخل يده في الحرز حينئذ لعدم قابلية الحرز لذلك إذا كان الطر من خارج فلم يوجد هتك الحرز على الكمال قال المصنف: (لأنه محرز إما بالكم) أقول: قال الكاكي أي في صورة طرها خارج الكم (أو بصاحبه) أي في صورة طرها داخل الكم بل المال محرز بصاحبه والمال تبع انتهى. بل الظاهر عكس ذلك، وأيضاً حينئذ لا يلائم قوله لنا الحرز هو الكم إذا أبو يوسف لا ينكره.

---

(١) الجوالق: وعاء. كذا في القاموس والمختار.

من القطار بعيراً أو حملاً لم يقطع) لأنه ليس بمحرز مقصوداً فتتمكن شبهة العدم، وهذا لأن السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ، حتى لو كان مع الأحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع **(وإن شق الحمل وأخذ منه قطع)** لأن الجوالق في مثل هذا حرز لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الأخذ من الحرز فيقطع **(وإن سرق جوالقاً فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع)** ومعناه إن كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزاً بصاحبه لكونه مترصداً لحفظه، وهذا لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظاً عادة وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل. وذكر في بعض النسخ: وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون حافظاً له، وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار، والله أعلم بالصواب.

يوسف قوله: **(وإن سرق من القطار بعيراً أو حملاً لم يقطع لأنه ليس بحرز مقصود فتتمكن فيه شبهة العدم، وهذا لأن السائق والراكب والقائد إنما يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ، حتى لو كان مع الأحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وإن شق الحمل وأخذ منه قطع لأن الجوالق في مثل هذا حرز لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الأخذ من الحرز فيقطع)** وعند الأئمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز فيقطع في أخذ الجمل والحمل والجوالق والشق ثم الأخذ، وأما القائد فحافظ للحمل الذي زمامه بيده فقط عندنا. وعندهم إذا كان بحيث يراها إذا التفت إليها حافظ للكل فالكل محرزة عندهم بقوده. وفرض أن قصده القطع المسافة ونقل الأمتعة لا ينافي أن يقصد الحفظ مع ذلك بل الظاهر ذلك فوجب اعتباره والعمل به، وكونه عليه الصلاة والسلام لم يوجب القطع في جريسة الجبل (١) يحمل على ترك الراعي إياها في المرعى وغيبتها عن عينه أو مع نومه، والقطار بكسر القذف: الإبل يشدّ زمام بعضها خلف بعض على نسق، ومنه جاء القوم متقاطرين: إذا جاء بعضهم إثر بعض قوله: **(وإن سرق جوالقاً فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع، ومعناه إذا كان الجوالق في موضع ليس بحرز كالطريق)** والمفازة والمسجد **(ونحوه حتى يكون محرزاً بصاحبه لكونه مترصداً لحفظه، وهذا لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد، والجلوس عنده والنوم عليه يعدّ حفظاً عادة، وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل)** يعني عند التصحيح. وقوله لأنه يعد النائم عند متاعه حافظاً له في العادة وذكر في بعض النسخ الجامع: **(وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون حافظاً له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار)** وهو أنه لا يشترط في قطع السارق من الحافظ كونه عنده أو تحته.

الكم وقعت الدراهم في الكم فاحتاج في أخذ الدراهم إلى إدخال اليد في الكم، فلما أخرج الدراهم من الكم فقد هتك الحرز، بخلاف ما إذا كان حل الرباط في داخل الكم فإنه لا يقطع، لأنه لما حل الرباط في داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم ظاهرة محلولة، فكان الأخذ من خارج الكم فلم يقطع لأنه لم يهتك الحرز في أخذ المال، لأنه وإن أدخل اليد في الكم إلا أنه أدخلها لحل الرباط لا لأخذ المال من الكم، وهذا معنى قوله ينعكس الجواب لانعكاس العلة. وقوله: **(لأنه يعتمده)** أي لأن صاحب الكم يعتمد الكم في حفظ المال لا قيام نفسه عند المال، لأن قصد صاحب الكم من وجوده عند المال لا يخلو من أحد أمرين: قطع المسافة، أو الاستراحة وذلك لأنه إما أن يكون في حالة المشي أو في غير حالته، ففي الأول قصده قطع المسافة لا حفظ المال، وفي الثاني قصده الاستراحة، والمقصود هو المعتبر في هذا الباب؛ ألا ترى أن من شق الجوالق الذي على إبل تسير وأخذ الدراهم منه يقطع لأن صاحب المال اعتمد الجوالق حرزاً لها فكان سارق الدراهم من الجوالق هاتكاً للحرز فيقطع. ومن سرق الجوالق بما فيه والجوالق على إبل تسير لا يقطع لأن السائق والقائد إنما يقصد بفعله قطع المسافة والسوق لا الحفظ فلم يصر الجوالق محرزاً به مقصوداً على ما هو المذكور في الكتاب. وقوله: **(وإن سرق من القطار بعيراً)** القطار: الإبل تقطر على نسق واحد والجمع قطر، ومنه تقاطر القوم إذا جاءوا أرسالاً. وقوله: **(وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار)** يريد قوله ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً إلى قوله وهو الصحيح، والله أعلم.

---

(١) تقدم تخريجه في أول هذا الباب، وإسناده حسن وجريسة الجبل: الغنم تُبات في السهل أو الجبل، فتسرق. ويقال: حريسة. بالحاء.

فصل في كيفية القطع وإثباته

قال: (ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم) فالقطع لما تلوناه من قبل، واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، ومن الزند لأن الاسم يتناول اليد إلى الإبط، وهذا المفصل: أعني الرسغ متيقن به، كيف وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بقطع يد السارق من الزند، والحسم لقوله عليه الصلاة والسلام «فاقطعوه واحسموه»، ولأنه لو

فصل في كيفية القطع وإثباته

ظاهر ترتيبه على بيان نفس السرقة وتفاصيل المال والحرز لأنه حكم سرقة المال الخاص من الحرز فيتعقبه **(فالقطع لما تلونا من قبل)** وهو قوله تعالى **﴿فاقطعوا أيديهما﴾** [المائدة ٣٨] والمعنى يديهما، وحكم اللغة أن ما أضيف من الخلق إلى اثنين لكل واحد واحد أن يجمع مثل قوله تعالى **﴿فقد صغت قلوبكما﴾** [التحريم ٤] وقد يثنى وقال: * ظهراهما مثل ظهور الترسين * والأفصح الجمع، وأما كونها اليمين فبقراءة ابن مسعود «فاقطعوا أيمانهما»[1] وهي قراءة مشهورة فكان خبراً مشهوراً فيقيد إطلاق النص، فهذا من تقييد المطلق لا من بيان المجمل لأن الصحيح أنه لا إجمال في قوله: **﴿فاقطعوا أيديهما﴾** [المائدة ٣٨] وقد قطع عليه الصلاة والسلام اليمين[2]، وكذا الصحابة، فلو لم

فصل في كيفية القطع وإثباته

لما ذكر وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيان كيفيته وهذا الفصل في بيانه. الزند مفصل طرف الذراع من الكف. والحسم من حسم العرق: كواه بحديدة محماة لئلا يسيل دمه **(فالقطع لما تلوناه)** يعني قوله تعالى **﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾** الآية **(واليمين بقراءة ابن مسعود)** **﴿فاقطعوا أيمانهما﴾** وهي مشهورة جازت الزيادة بها على الكتاب وقد عرف في الأصول **(ومن الزند لأن الاسم يتناول اليد إلى الإبط، وهذا المفصل: أعني الرسغ متيقن به)** من حيث القطع والمقطوع لكونه أقل، فقولنا من حيث القطع احتراز عن قول بعض الناس إن المستحق قطع الأصابع فقط لأن بطشه كان بالأصابع فتقطع أصابعه ليزول تمكنه من البطش

فصل في كيفية القطع وإثباته

قال المصنف: **(لأن الاسم يتناول اليد إلى الإبط)** أقول: ولعل المراد أن لفظ اليد مشترك بين الكل والجزء كلفظ القرآن. قال العلامة الكاكي: اليد قد تكون من المنكب وقد تكون من المرفق وقد تكون من الرسغ باستعمال العرب واللغة والشرع، ولكن زال هذا الإبهام ببيان رسول الله ﷺ وعمله وعمل الصحابة رضوان الله تعالى عليهم وإجماعهم اهـ. قوله: **(لأن الاسم)** أي اسم اليد، وقوله يتناول اليد: أي يتناول المسمى به قوله: **(أن النبي ﷺ أمر بقطع السارق من الزند والحسم)** أقول: فيه شيء لأن ظاهر أسلوبه يوهم أن يكون قوله والحسم معطوفاً على قوله بقطع وليس كذلك بل على قوله ومن الزند.

---

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٨/ ٢٧٠ بسنده عن مجاهد فذكره قال ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ٧١: فيه انقطاع اهـ. يعني مجاهد لم يدرك ابن مسعود.
وقال البيهقي: قال إبراهيم النخعي: في قراءتنا: والسارقون والسارقات تقطع أيمانهم.
وقال السيوطي في الدر المنثور ٢/ ٢٨٠: أثر النخعي هذا رواه سعيد بن منصور وابن جرير وابن المنذر، وفيه وربما قال: في قراءة ابن مسعود.
وأخرج ابن جرير وابن المنذر وأبو الشيخ من طرق عن أبي مسعود أنه قرأ: فاقطعوا أيمانهما اهـ.
قلت: فالخبر عن ابن مسعود ورد من عدة طرق، فهو حسن
تنبيه: وقد وهم الألباني حيث ذكره في الإرواء ٢٤٢٩ ونسبه للبيهقي وحده، وقال: ضعيف اهـ.
وتبين لك أن الألباني لم يبحث عنه جيداً لذا ذكره من وجه واحد، وحكم بضعفه.

(٢) قال ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ٦٨: روى البغوي وأبو نعيم في معرفة الصحابة من طريق عبد الكريم بن أبي المخارق عن الحارث بن عبد الله أن النبي ﷺ أتي بسارق، فقطع يمينه. وفيه قصة.
لكن في إسناده ابن أبي المخارق اهـ. أي هو ضعيف كما في التقريب. ولكن هذا هو الوارد عن الفقهاء، وعليه العمل عند أهل العلم والله تعالى أعلم.

. . . .

يكن التقييد مراداً لم يفعله وكان يقطع اليسار، وذلك لأن اليمين أنفع من اليسار لأنه يتمكن بها من الأعمال وحدها ما لا يتمكن به من اليسار، فلو كان الإطلاق مراداً والامتثال يحصل بكل لم يقطع إلا اليسار على عادته من طلب الأيسر لهم ما أمكن. وأما كونه من الزند وهو مفصل الرسغ ويقال الكوع فلأنه المتوارث، ومثله لا يطلب فيه سند بخصوصه كالمتواتر لا يبالي فيه بكفر الناقلين فضلاً عن فسقهم أو ضعفهم. وروى فيه خصوص متون: منها ما رواه الدارقطني في حديث رداء صفوان قال فيه «ثم أمر بقطعه من المفصل»[١] وضعف بالعزرمي. وابن عدى في الكامل عن عبد الله بن عمر قال «قطع رسول الله ﷺ سارقاً من المفصل»[٢] وفيه عبد الرحمن بن سلمة، قال ابن القطان: لا أعرف له حالاً. وأخرج ابن أبي شيبة عن رجاء بن حيوة «أن النبي ﷺ قطع رجلاً من المفصل»[٣] وإنما فيه الإرسال. وأخرج عن عمر وعليّ أنهما قطعا من المفصل وانعقد عليه الإجماع، فما نقل عن شذوذ من الاكتفاء بقطع الأصابع لأن بها البطش، وعن الخوارج من أن القطع من المنكب لأن اليد اسم لذلك الله أعلم بصحته. وبتقدير ثبوته هو خرق للإجماع، وهم لم يقدحوا في الإجماع قبل الفتنة، ولأن اليد تطلق على ما ذكر وعلى ما إلى الرسغ إطلاقاً أشهر منه إلى المنكب، بل صار يتبادر من إطلاق اليد فكان أولى باعتباره؛ ولئن سلم اشتراك الاسم جاز كون ما إلى المنكب هو المراد وما إلى الرسغ، فيتعين ما إلى الرسغ درءاً للزائد عند احتمال عدمه، وأما الحسم فقد روى الحاكم من حديث أبي هريرة «أنه عليه الصلاة والسلام أتى بسارق سرق شملة فقال عليه الصلاة والسلام: ما إخاله سرق فقال السارق: بلى يا رسول الله، فقال: اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به، فقطع ثم حسم ثم أتى به، فقال: تب إلى الله، قال: تبت إلى الله، قال: تاب الله عليك»[٤] وقال: صحيح على شرط مسلم، ورواه أبو داود في المراسيل، وكذا رواه أبو القاسم بن سلام في غريب الحديث وأخرج الدارقطني عن حجية عن عليّ أنه قطع أيديهم من المفصل ثم حسمهم فكأني أنظر إليهم وإلى أيديهم كأنها أيور الحمر[٥]. والحسم الكيّ لينقطع الدم. وفي المغرب والمغني لابن قدامة: هو أن يغمس في الدهن الذي أغلى، وثمن الزيت وكلفة الحسم في بيت المال عندهم، لأنه أمر القاطع به، وبه قال الشافعي في وجه، وعندنا هو على السارق. وقول المصنف (لأنه لو لم يحسم يؤدي إلى التلف) يقتضي وجوبه، والمنقول عن الشافعي وأحمد أنه

بها لأن فيه قطعاً مكرراً، وفيما قلنا قطع واحد على أنه مخالف للنص لأن المذكور فيه اليد، وقولنا من حيث المقطوع احتراز عن قول الخوارج تقطع يمين السارق من المنكب لأن اليد اسم للجارحة من رؤوس الأصابع إلى الآباط لأن فيه تكثيراً للمقطوع. وقوله: (كيف وقد صح أن النبيّ ﷺ أمر بقطع السارق من الزند والحسم) روى أبو هريرة «أن النبي ﷺ أتي بسارق فقالوا: يا رسول الله إن هذا سرق، فقال عليه الصلاة والسلام: ما إخاله سرق. فقال السارق: بلى يا رسول الله، فقال: اذهبوا به فاقطعوه.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٠٥ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في خبر صفوان، وردائه.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٧٠: قال ابن القطان: فيه العزرمي محمد بن عبيد الله متروك. وفيه عبد الرحمن بن هانيء النخعي لا يتابع على أحاديثه اهـ.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل ٣/ ٣٨ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.
ونقل الزيلعي عن ابن القطان قوله: فيه خالد الخراساني ثقة. وعبد الرحمن بن سلمة لا أعرف له حالاً اهـ.
وأما ابن عدي فقال: خالد الخراساني وثقه يحيى، وله أحاديث منكرة قد ذكرتهما اهـ.
قلت: والحديث ذكره ابن عدي فهو قد اعتبره من مناكيره. مع أن في إسناده ليث بن أبي سليم، وهو واهٍ أيضاً.

(٣) مرسل حسن رواه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٣٧٠ بسنده عن عدي بن عدي عن رجاء بن حيوة فذكره، ورجاله ثقات. لكن قال الزيلعي: وهو مرسل اهـ لأن رجاء تابعي وقال الزيلعي، وابن حجر في الدراية ٢/ ١١١: رواهما ابن أبي شيبة عن عمر وعلي اهـ انظر مصنف ابن أبي شيبة ١١/ ٧٥ و ٧٤.

(٤) تقدم في الجزء الثالث مستوفياً، وإسناده ضعيف لكن له شواهد حسنته لأجلها.

(٥) موقوف حسن. أخرجه ابن أبي شيبة ١١/ ٧٥ والبيهقي ٨/ ٢٧١ والدارقطني ٣٧٧ كلهم عن حجية بن عدي أن علياً فذكره، ورجاله ثقات غير حجية، وهو صدوق يخطىء كما في التقريب، فالأثر حسن.

لم يحسم يفضي إلى التلف والحد زاجر لا متلف (فإن سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى، فإن سرق ثالثاً لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب) وهذا استحسان ويعزّر أيضاً، ذكره المشايخ رحمهم الله. وقال الشافعي رحمه الله: **في الثالثة تقطع يده اليسرى، وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام «من سرق فاقطعوه، فإن عاد فاقطعوه، فإن عاد فاقطعوه»** ويروى مفسراً كما هو مذهبه، ولأنه الثالثة مثل الأولى في كونها جناية بل فوقها فتكون أدعى إلى شرع الحد.

مستحب، فإن لم يفعل لا يأثم، ويسن تعليق يده في عنقه لأنه عليه الصلاة والسلام أمر به(١) . رواه أبو داود وابن ماجه. وعندنا ذلك مطلق للإمام إن رآه، ولم يثبت منه عليه الصلاة والسلام في كل من قطعه ليكون سنة قوله: **(وإن سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى)** بالإجماع فقد روى فيه حديث قدمناه، ثم يقطع من الكعب عند أكثر أهل العلم وفعل عمر ذلك. وقال أبو ثور والروافض: تقطع من نصف القدم من مقعد الشراك لأن علياً كان يقطع كذلك ويدع له عقباً يمشي عليه. قال: **(فإن سرق ثالثاً لا يقطع)** بل يعزر **(ويخلد في السجن حتى يتوب)** أو يموت وقال الشافعي: **(في الثالثة تقطع يده اليسرى، وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام «من سرق فاقطعوه، ثم إن عاد فاقطعوه، ثم إن عاد فاقطعوه، ثم إن عاد فاقطعوه)**(٢) وهو بهذا اللفظ لا يعرف، ولكن أخرج أبو داود عن جابر قال «جيء بسارق إلى النبيّ ﷺ فقال اقتلوه، قالوا: يا رسول الله إنما سرق قال: اقطعوه فقطع، ثم جيء في الثانية فقال اقتلوه، قالوا: يا رسول الله إنما سرق، قال: اقطعوه فقطع، ثم جيء به في الثالثة فقال: اقتلوه، قالوا: يا رسول الله إنما سرق، قال اقطعوه فقطع، ثم جيء به في الرابعة فقال: اقتلوه، فقالوا: يا رسول الله إنما سرق، فقال اقطعوه فقطع، ثم جيء به في الخامسة قال: اقتلوه، قال جابر: فانطلقنا به فقتلناه، ثم اجتررناه فألقيناه في بئر ورمينا عليه الحجارة» قال النسائي: حديث منكر، ومصعب بن ثابت ليس بالقوي. وأخرج النسائي عن حماد بن سلمة أنبأنا يوسف بن سعيد عن الحرث بن حاطب اللخمي «أن النبي ﷺ أتى بلص قال اقتلوه، قالوا: يا رسول الله إنما سرق، قال: اقطعوه، فقطع، ثم سرق فقطعت رجله، ثم سرق على عهد أبي بكر قطعت قوائمه الأربع كلها، ثم سرق الخامسة فقال أبو بكر: كان رسول

ثم احسموه» الحديث. وقوله: (ولأنه لو لم يحسم) ظاهر. وقوله: (وخلد في السجن حتى يتوب) حاصله أن السارق لا يؤتى على أطرافه الأربعة بالقطع، وإنما يقطع يمينه أول سرقة، ورجله اليسرى في ثانيها، ثم يعزر بعد ذلك ويحبس عندنا. وعند الشافعي بعد الرابعة يحبس، وعند أصحاب الظواهر في المرة الخامسة يقتل. وقوله: **(ويروى مفسراً كما هو مذهبه في حديث أبي هريرة «أن النبي ﷺ قال في المرة الأولى تقطع يده اليمنى، وفي الثانية الرجل) اليسرى، وفي الثالثة اليد اليسرى، وفي الرابعة الرجل اليمنى»** قوله: (ولأن الثالثة) ظاهر. قوله: **(فحجهم)** أي غلبهم في الحجة، يقال حاجه فحجه: أي ناظره في الحجة فغلبه بها وقوله: (بخلاف القصاص) جواب سؤال تقديره: لو قطع رجل أربعة أطراف اقتص منه بالإجماع، وجميع ما ذكرتم من المحظورات هناك موجود لأنه لا يبقى له يد يأكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها، وفيه تفويت جنس المنفعة ونادر الوجود. وتقرير الجواب أن القصاص حق العباد، وحق العبد يراعي فيه المماثلة بالنص (والحديث) الذي رواه الشافعي دليلاً على دعواه

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٤٤١١ والترمذي ١٤٤٧ والنسائي ٨/ ٩٢ وابن ماجه ٢٥٨٧ وأحمد ٦/ ١٩ وابن أبي شيبة ١١/ ٩٢ والبيهقي ٨/ ٢٧٥ كلهم من حديث فضالة بن عبيد قال: «أتي رسول الله ﷺ بسارق، فقطع يده، وعلق يده في عنقه» هذا لفظ النسائي وبنحوه أبي داود والترمذي، والخبر واحد، ومداره على الحجاج بن أرطاة.

قال الترمذي: حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث عمر المقدّميّ عن الحجاج بن أرطاة عن مكحول عن ابن محيريز قال: سألت فضالة. . . فذكره.

قلت: كذا حسنه الترمذي، وخالفه النسائي، وهو الصواب حيث قال: الحجاج بن أرطاة ضعيف، ولا يحتج بحديثه اهـ.

قلت: وهو مدلس وقد عنعنه.

لذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٧٠: هو معلول بالحجاج وزاد ابن القطان جهالة ابن محيريز اهـ. وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ٦٩: ومن أصحابنا من لم يرَ التعليق، وقالوا: لم يصح الخبر فيه.

قال ابن حجر: قلت: هو كما قال لا يبلغ الصحيح، ولا يقاربه اهـ.

(٢) هو باللفظ الآتي.

ولنا قول عليّ رضي الله عنه فيه: إني لأستحي من الله تعالى أن لا أدع له يداً يأكل بها ويستنجي بها ورجلاً يمشي عليها،

الله ﷺ أعلم بهذا حين قال: اقتلوه»[١] ورواه الطبراني والحاكم في المستدرك وقال: صحيح الإسناد. قال المصنف (وروى مفسراً كما هو مذهبه) أخرج الدارقطني عن أبي هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال «إذا سرق السارق فاقطعوا يده، فإن عاد فاقطعوا رجله، فإن عاد فاقطعوا يده، فإن عاد فاقطعوا رجله» وفي سنده الواقدي. وهنا طرق كثيرة متعددة لم تسلم من الطعن، ولذا طعن الطحاوي كما ذكره المصنف فقال: تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها أصلاً. وفي المبسوط: الحديث غير صحيح، وإلا احتج به بعضهم في مشاورة عليّ؛ ولئن سلم يحمل على الانتساخ لأنه كان في الابتداء تغليظ في الحدود؛ ألا ترى أن النبيّ ﷺ قطع أيدي العرنيين وأرجلهم وسمل أعينهم ثم انتسخ ذلك[٢]. وأما فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، فروى مالك في الموطإ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن رجلاً من اليمن أقطع اليد والرجل قدم فنزل على أبي بكر الصديق فشكا إليه أن عامل اليمن ظلمه، فكان يصلي من الليل فيقول أبو بكر رضي الله عنه: وأبيك ما ليلك بليل سارق، ثم إنهم فقدوا عقداً لأسماء بنت عميس امرأة أبي بكر الصديق رضي الله عنه فجعل الرجل يطوف معهم ويقول: اللهم عليك بمن بيت أهل هذا البيت الصالح، فوجدوا الحليّ عند صائغ زعم أن الأقطع جاءه به، فاعترف الأقطع وشهد عليه فأمر به أبو بكر فقطعت يده اليسرى، وقال أبو بكر: لدعاؤه على نفسه أشد عليه من سرقته[٣]. ورواه عبد الرزاق: أخبرنا معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت: قدم على أبي بكر رضي الله عنه رجل أقطع، فشكا إليه أن يعلى بن أمية قطع يده ورجله في سرقة وقال: والله ما زدت على أنه كان يوليني شيئاً من عمله فخنته في فريضة واحدة فقطع يدي ورجلي، فقال له أبو بكر: إن كنت صادقاً فلأقيدنك منه، فلم يلبثوا إلا قليلاً حتى فقد آل أبي بكر حلياً لهم، فاستقبل القبلة ورفع يديه وقال: اللهم أظهر من سرق أهل هذا البيت الصالح، قال: فما انتصف النهار حتى عثروا على المتاع عنده، فقال له أبو بكر رضي الله عنه: ويلك إنك لقليل العلم بالله، فقطع أبو بكر يده الثانية. قال محمد بن الحسن في موطئه: قال الزهري: ويروى عن عائشة قالت: إنما كان الذي سرق حليّ أسماء أقطع اليد اليمنى فقطع أبو بكر رجله اليسرى. قال: وكان ابن شهاب أعلم بهذا الحديث من غير هذا[٤]، وقد حكى عن عطاء وعمرو بن العاص وعثمان وعمر بن عبد العزيز أنه يقتل في المرة الخامسة كما هو ظاهر ما روى من ذلك. وذهب مالك والشافعي إلى أنه يعزّر ويحبس كقولنا في الثالثة قوله: (ولنا قول عليّ رضي الله عنه الخ) قال محمد بن الحسن في كتاب الآثار: وأخبرنا أبو حنيفة عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه قال: إذا سرق السارق قطعت يده اليمنى، فإن عاد قطعت رجله اليسرى، فإن عاد ضمنته السجن حتى يحدث خيراً، إني لأستحي من الله أن أدعه ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها. ومن طريق محمد رواه الدارقطني ورواه عبد الرزاق في مصنفه: أخبرنا معمر عن جابر عن الشعبي قال: كان عليّ لا يقطع إلا اليد والرجل، وإن سرق بعد ذلك سجنه ويقول: إني لأستحي من الله أن لا أدع له يداً يأكل بها ويستنجي بها. ورواه ابن أبي

. . . .

---

(١) تقدم مستوفياً من جميع طرقه هذه في الجزء الأول وقد استنكره النسائي وابن عبد البر والطحاوي كما ذكر المصنف وغيرهم. وحمله بعضهم على أنه إن صح فهو منسوخ. فالحديث منكر.

(٢) خبر العرنيين مشهور رواه الجماعة، وتقدم في كتاب الطهارة في باب نجاسة البول وغيره.

(٣) موقوف. أخرجه مالك ٢/ ٨٣٥ حـ ٣٠ ومن طريقه محمد بن الحسن في الموطأ ٦٨٩ عن عبد الرحمن بن القاسم عن القاسم بهذا اللفظ وكذا البيهقي ٨/ ٢٧٣

(٤) هكذا وقع للمصنف وفيه تصحيف، وتحريف لعله من النساخ وصوابه عند محمد في الموطأ ٦٨٩ قال محمد: وكان ابن شهاب أعلم من غيره بهذا، ونحوه من أهل بلاده اهـ.

وبهذا حاجّ بقية الصحابة رضي الله عنهم فحجهم فانعقد إجماعاً، ولأنه إهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر، ولأنه نادر الوجود والزجر فيما يغلب وقوعه، بخلاف القصاص لأنه حق العبد فيستوفي ما أمكن جبراً

شيبة في مصنفه: حدثنا حاتم بن إسماعيل عن جعفر بن محمد عن أبيه قال: كان عليّ لا يزيد على أن يقطع السارق يداً ورجلاً، فإذا أتى به بعد ذلك قال: إني لا أستحي أن أدعه لا يتطهر لصلاته، ولكن احبسوه. وأخرجه البيهقي عن عبد الله بن سلمة عن عليّ رضي الله عنه أنه أتى بسارق فقطع يده، ثم أتى به فقطع رجله، ثم أتى به فقال أقطع يده فبأي شيء يتمسح وبأي شيء يأكل، أقطع رجله على أي شيء يمشي، إني لأستحي من الله، ثم ضربه وخلده في السجن. وروى ابن أبي شيبة أن نجدة كتب إلى ابن عباس يسأل عن السارق، فكتب إليه بمثل قول عليّ. وأخرج عن سماك أن عمر استشارهم في سارق فأجمعوا على مثل قول عليّ. وأخرج عن مكحول أن عمر رضي الله عنه قال: إذا سرق فاقطعوا يده، ثم إن عاد فاقطعوا رجله، ولا تقطعوا يده الأخرى وذروه يأكل بها ويستنجي بها، ولكن احبسوه عن المسلمين. وأخرج عن النخعي كانوا يقولون: لا يترك ابن آدم مثل البهيمة ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها[1]، وهذا كله قد ثبت ثبوتاً لا مرد له، فبعيد أن يقع في زمن رسول الله ﷺ مثل هذه الحوادث التي غالباً تتوفر الدواعي على نقلها مثل سارق يقطع رسول الله ﷺ أربعته ثم يقتله والصحابة يجتمعون على قتله، ولا خبر بذلك عند عليّ وابن عباس وعمر من الأصحاب الملازمين له عليه الصلاة والسلام، بل أقل ما في الباب أن كان ينقل لهم إن غابوا بل لا بد من علمهم بذلك وبذلك تقضي العادة، فامتناع عليّ بعد ذلك إما لضعف الروايات المذكورة في الإتيان على أربعته وإما لعلمه أن ذلك ليس حداً مستمراً بل من رأى الإمام قتله لما شاهد فيه من السعي بالفساد في الأرض وبعد الطباع عن الرجوع فله قتله سياسة فيفعل ذلك القتل المعنوي قوله: (**وبهذا حاجّ عليّ بقية الصحابة فحجهم فانعقد إجماعاً**) يشير إلى ما في تنقيح ابن عبد الهادي. قال سعيد بن منصور رضي الله عنه: حدثنا أبو معشر عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه قال: حضرت عليّ بن أبي طالب وقد أتى برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق، فقال لأصحابه: ما ترون في هذا؟ قالوا اقطعه يا أمير المؤمنين، قال: قتلته إذاً وما عليه القتل، بأي شيء يأكل الطعام؟ بأي شيء يتوضأ للصلاة؟ بأي شيء يغتسل من جنابته؟ بأي شيء يقوم على حاجته، فردّه إلى السجن أياماً ثم أخرجه، فاستشار أصحابه فقالوا مثل قولهم الأول وقال لهم مثل ما قال أوّل مرّة، فجلده جلداً شديداً ثم أرسله.

وقال سعيد أيضاً: حدثنا أبو الأحوص عن سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عائذ قال: أتى عمر بن الخطاب بأقطع اليد والرجل قد سرق فأمر أن يقطع رجله، فقال عليّ رضي الله عنه: قال الله﴿**إنما جزاء اللذين يحاربون الله ورسوله**﴾ [المائدة ٣٣] الآية، فقد قطعت يد هذا ورجله فلا ينبغي أن تقطع رجله فتدعه ليس له قائمة يمشي عليها، إما أن تعزّره،

هذه (**طعن فيه الطحاوي**) قال: تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها أصلاً أشار بها إلى ما رواه الشافعي. وقال أبو نصر البغدادي: قال الطحاوي: إنه حديث لا أصل له، لأن كل من لقيناه من حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد له أصلاً (**أو نحمله على السياسة**) بدليل ما ورد في ذلك الحديث من الأمر بالقتل في المرة الخامسة. وقوله: (**لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشاً**) يعني إن كانت يده اليسرى مؤفة (**أو مشياً**) إن كانت رجله اليمنى كذلك وباقي كلامه ظاهر. قال: (**وإذا قال الحاكم للحدّاد اقطع يمين هذا السارق**) الحداد هو الذي يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد، وإنما قيد بقوله يمين هذا لأنه إذا قال اقطع يده مطلقاً فقطع الحداد يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق لأنه فعل ما أمره به، فإنه أمره بقطع اليد واليسرى يد فلا ضمان عليه، ولم يذكر حكم ما إذا قطع اليمين بعد القضاء قبل أن يقول له اقطع. وقال في المبسوط: لا شيء عليه، لأن قيمة اليد قد سقطت بقضاء الإمام عليه

---

(١) هذه الآثار الواردة عن علي قوية لكثرة طرقها راجع نصب الراية ٣/ ٣٧٤. ٣٧٥ حيث ذكرها كلها مع كلام إبراهيم النخعي، وكذا ابن حجر في الدراية ٢/ ١١٢، وابن التركماني في الجوهر النقي ٨/ ٢٧٤. ٢٧٥.

لحقه. والحديث طعن فيه الطحاوي رحمه الله أو نحمله على السياسة **(وإذا كان السارق أشلّ اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع)** لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشاً أو مشياً، وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلاّء لما قلنا **(وكذا إذا كانت إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاّء أو الأصبعان منها سوى الإبهام)** لأن قوام البطش بالإبهام **(فإن كانت أصبع واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاّء قطع)** لأن فوات الواحدة لا يوجب خللاً ظاهراً في البطش، بخلاف فوات الأصبعين لأنهما يتنزلان منزلة الإبهام في نقصان البطش. قال: **(وإذا قال الحاكم للحدّاد أقطع يمين هذا في سرقة**

وإما أن تودعه السجن فاستودعه السجن[1]. وهذا رواه البيهقي في سننه، وهو مما يؤيد ضعف الحديث[2] من استدلال عليّ رضي الله عنه وموافقة عمر له. قال المصنف **(ولأنه إهلاك معنى)** هو من قول عليّ رضي الله عنه: قتلته إذا **(والحد زاجر)** لا مهلك **(ولأنه نادر الوجود)** أي يندر أن يسرق الإنسان بعد قطع يده ورجله **(والحدّ)** لا يشرع إلا **(فيما يغلب)** على ما مر غير مرة **(بخلاف القصاص)** يعني لو قطع رجل يدي رجل قطعت يداه أو أربعته قطعت أربعته **(لأنه حق للعبد فيستوفيه ما أمكن جبراً لحقه)** لا يقال: اليد اليسرى محل للقطع بظاهر الكتاب ولا إجماع على خلاف الكتاب. لأنا نقول: لما وجب حمل المطلق منه على المقيد عملاً بالقراءة المشهورة خرجت من كونها مرادة وتعينت اليمنى مرادة، والأمر المقرون بالوصف وإن تكرر بتكرر ذلك الوصف لكن إنما يكون حيث أمكن، وإذا انتفى إرادة اليسرى بما ذكرنا من التقييد انتفى محليتها للقطع فلا يتصور تكراره فيلزم أن معنى الآية السارق والسارقة مرة واحدة **﴿فاقطعوا أيديهما﴾** [المائدة ٣٨] وثبت قطع الرجل في الثانية بالسنة والإجماع، وانتفى ما وراء ذلك لقيام الدليل على العدم قوله: **(وإن كان السارق أشلّ اليد اليسرى أو مقطوع الرجل اليمنى)** أو كانت رجله اليمنى شلاّء **(لا يقطع لأن في القطع)** والحالة هذه **(تفويت جنس المنفعة بطشاً)** فيما إذا كانت اليد اليسرى مقطوعة أو مشلولة **(أو مشياً)** إذا كان ذلك في رجله اليمنى وتفويت جنس المنفعة إهلاك حتى وجب تمام الدية بقطع اليدين والرجلين، وهذا لأن المشي لا يتأتى مع قطع اليد والرجل من جهة واحدة **(وكذا)** لا يقطع يمين السارق **(إذا كانت إبهام يده اليسرى)** أو رجله اليسرى **(مقطوعة أو شلاّء أو الأصبعان)** من واحدة منهما **(سوء الإبهام)** لأن فوتهما يقوم مقام فوت الإبهام في نقصان البطش، بخلاف فوت أصبع واحدة غير الإبهام لا يوجب ذلك فيقطع، ولا يشكل أن الشلل وقطع الإبهام والأصابع لو كان في اليد اليمنى أنه يقطع لأنها لو كانت صحيحة قطعت فكيف إذا كانت ناقصة، وإنما خولف في هذا الباب ما ذكر في الكتاب حيث جعل القائم مقام الإبهام المخلّ بالبطش فوات ثلاث أصابع، وهنا جعله أصبعين لأن الحد يحتاط في درئه قوله: **(وإذا قال الحاكم للحدّاد)** أي للذي يقيم الحدّ فعال منه كالجلاد من الجلد **(اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمداً أو خطأ فلا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله)** ولكن يؤدب، وبه قال أحمد وقالا: **(لا شيء عليه في الخطإ ويضمن في العمد)** أرش اليسار **(وعند زفر يضمن في الخطإ أيضاً)** بخلاف ما لو قال له اقطع يد هذا فقطع اليسار لا يضمن بالاتفاق. وعند مالك والشافعي يقتص في العمد كقولنا فيما إذا قطع رجل يده بعد الشهادة قبل القضاء بالقطع في

بالقطع، فالقاطع استوفى يداً لا قيمة لها فلم يكن ضامناً، لكن أدّ به الإمام لأنه أساء الأدب حين قطعه قبل أن يأمره الإمام به وكلامه واضح. وقوله: (بغير حق) دليله أن الحق في اليمين في السرقة وهو أيضاً لم يقطع يسار أحد ليكون حق القطع اليسار قصاصاً **(ولا تأويل)** حيث لم يخطيء لأن الكلام فيما إذا تعمد في قطع اليسار **(فلا يعفى)** كما لو قطع رجله أو أنفه **(وإن كان في**

---

(١) هذا الأثر أخرجه البيهقي ٨/ ٢٧٤ وإسناده حسن إلا أن البيهقي أعله بأنه ورد عن عمر خلاف ذلك.

(٢) مراده حديث قطع الأربع عند التكرار للسرقة، وقد تقدم أن فيه ضعفاً بل ورد في أكثر رواياته، وفي الخامسة قال لهم رسول الله ﷺ: فاقتلوه. وتقدم الكلام عليه مستوفياً، وقد أنكره غير واحد انظر ١/ ٣٧٨.

تنبيه: فالحنفية يقولون: تقطع يده اليمنى. فإن تكرر منه تقطع رجله اليسرى، فإن عاد خُلِّد في السجن حتى يتوب وهو رواية عن أحمد كما في كتاب العدة ص ٥٦٩، وقال الشافعي ومالك، ورواية عن أحمد بقطع الأربع في حال تكرر السرقة. وأما القتل، فلم يقل به أحد من الأئمة الأربعة، وخالف أقوام، فقالوا بالقتل في الخامسة.

سرقها فقطع يساره عمداً أو خطأ فلا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد) وقال زفر رحمه الله: يضمن في الخطأ أيضاً وهو القياس، والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد، وأما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفواً. وقيل يجعل عذراً أيضاً. له أنه قطع يداً معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها. قلنا إنه أخطأ في اجتهاده، إذ ليس في النص تعيين اليمين، والخطأ في الاجتهاد موضوع. ولهما أنه

انتظار التعديل ثم عدلت لا قطع عليه لفوات محله، وتقطع يد القاطع قصاصاً ويضمن المسروق لو كان أتلفه، لأن سقوط الضمان باستيفاء القطع حقاً لله تعالى ولو يوجد، وكذا لو قطع يده اليسرى يقتص له ويسقط عنه قطع اليمنى لما عرف قوله: (والمراد) أي المراد (بالخطأ) الذي فيه الخلاف بيننا وبين زفر (**الخطأ في الاجتهاد**) ومعناه أن يقطع اليسرى بعد قول الحاكم اقطع يمينه عن اجتهاد في أن قطعها يجزيء عن قطع السرقة نظراً إلى إطلاق النص وهو قوله تعالى ﴿**فاقطعوا أيديهما**﴾ [المائدة ٣٨] (**وأما الخطأ في معرفة اليمين من الشمال لا يجعل عفواً**) لأنه بعيد يتهم فيه مدعيه، وعلى هذا فالقطع في الموضعين عمد، وإنما يكون معنى العمد حينئذ أن يتعمد القطع لليسار لا عن اجتهاد في إجزائها (**وقيل**) الخطأ في اليمين والشمال (**يجعل عفواً أيضاً. لزفر أنه قطع يداً معصومة، والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها**. ولنا أنه) إنما (**أخطأ في اجتهاده وخطأ المجتهد موضوع**) بالإجماع، وهذا موضع اجتهاد لأن ظاهر النص يسوى بين اليمين واليسار (**ولهما**) في العمد (**أنه**) جان حيث (**قطع يداً معصومة بلا تأويل تعمداً للظلم فلا يعفى وإن كان في المجتهدات**) لأنه هو لم يفعله عن اجتهاد (**وكان ينبغي أن يجب القود إلا أنه سقط للشبهة**) الناشئة من إطلاق النص (**ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه**) وإن (**أتلف**) بلا حق ظلماً لكنه (**أخلف من جنسه ما هو خير له**) وهي اليمين فإنها لا تقطع بعد قطع اليسرى وهي خير لأن قوة البطش بها أتم فلا يضمن شيئاً وإنما قلنا إنه أخلف لأن اليمين كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة فأخلفها إلى خلف استمرارها وبقائها، بخلاف ما لو قطع رجله اليمنى، لأنه وإن امتنع به قطع يده لكن لم يعوضه من جنس ما أتلف عليه من المنفعة، لأن منفعة البطش ليس من جنسه منفعة المشي، وأما إن قطع رجله اليسرى فلم يعوض عليه شيئاً أصلاً وصار كما لو شهد اثنان على رجل ببيع عبد بألفين وقيمته ألفاً أو شهدا بمثل قيمته ثم رجعا بعد القضاء لا يضمنان شيئاً قوله: (**وعلى هذا**) أي على تعليل قول أبي حنيفة بالإخلاف بقطع يساره (**غير الحدّاد أيضاً**) للإخلاف (**وهو الصحيح**) احتراز عما ذكر الإسبيجابي في شرحه لمختصر الطحاوي حيث قال: هذا كله إذا قطع الجداد بأمر السلطان، ولو قطع يساره غيره ففي العمد القصاص وفي الخطإ الدية قوله: (**ولو أن السارق أخرج يساره وقال هذه يميني**) فقطعها (**لا يضمن**) وإن كان عالماً بأنها يساره (**بالاتفاق لأنه قطعها بأمره ثم في العمد عنده على**

المجتهدات) لأن المجتهد لا يعذر فيما إذا أخطأ إذا كان الدليل ظاهراً كالحكم بحل متروك التسمية عامد (**وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه امتنع للشبهة**) وهي قوله تعالى ﴿**فاقطعوا أيديهما**﴾ فإن ظاهره يوجب تناول اليدين جميعاً فصار شبهة في حق القصاص، إذ القصاص لا يثبت بالشبهة، بخلاف ضمان المال. وقوله: (**ولأبي حنيفة**) تقريره القول بالموجب. سلّمنا أنه قطع طرفاً معصوماً بغير حق ولا تأويل، لكنه أخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد إتلافاً (**وعلى هذا**) التقرير (**لو قطعه غير الحداد**) أي لو قطع يسار السارق غير الحدّاد بعد حكم القاضي بقطع يمينه (**لا يضمن**) شيئاً لأن امتناع قطع اليمين بعد قطع اليسار لا يتفاوت بين أن يكون قاطع اليسار مأمور الحاكم أو أجنبياً غير مأمور وقوله: (**هو الصحيح**) احتراز عما ذكره في شرح الطحاوي فقال فيه: ولو قطع غيره يده اليسرى فإن في العمد القصاص وفي الخطإ الدية، وسقط القطع عنه في اليمين لأنه لو قطع أدى إلى الاستهلاك، ويرد السرقة إن كان قائماً وعليه ضمانة في الهالك قوله: (**ولو أخرج السارق يساره**) ظاهر قوله: (**ثم في العمد عنده**) أي عند أبي حنيفة رضي الله عنه (**عليه**) أي على السارق (**ضمان المال**) المسروق إن كان هالكاً (**لأنه لم يقع حداً**) وإنما خص أبا حنيفة بالذكر وإن كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعاً لما عسى أن يتوهم أن قطع اليسار وقع حداً عنده حيث لم يوجب الضمان

قوله: (يوجب تناول اليدين جميعاً الخ) أقول: يعني على سبيل البدل كما في قوله تعالى ﴿فاغسلوا وجوهكم وأيديكم﴾

قطع طرفاً معصوماً بغير حق ولا تأويل لأنه تعمد الظلم فلا يعفي وإن كان في المجتهدات، وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه امتنع للشبهة. ولأبي حنيفة رحمه الله أنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد إتلافاً كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع، وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن أيضاً هو الصحيح. ولو أخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لأنه قطعه بأمره. ثم في العمد عنده عليه ضمان المال لأنه لم يقع حداً. وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة الاجتهاد لا يضمن **(ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة)** لأن الخصومة شرط لظهورها، ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافاً للشافعي في الإقرار، لأن الجناية

السارق ضمان المال) إذا كان استهلكه **(لأنه لم يقع حداً ففي الخطإ كذلك على هذه الطريقة)** أعني طريقة عدم وقوعه حداً. وقيل طريقة الإخلاف ولازمها عدم وقوعه حداً فكلاهما واحد، إلا أن الأول أقرب إلى اللفظ **(وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن)** لأنه وقع موقع الحد والقطع مع الضمان لا يجتمعان. وإنما خص أبا حنيفة رضي الله عنه بلزوم الضمان على السارق في عمد القطع مع أنهما أيضاً يضمنانه لأن توهم أنه لا يضمن إنما يثبت على قوله لأنه لما لم يوجب على الحداد ضماناً قد يتوهم أنه لا يضمن السارق بناء على أن قطع الحداد وقع حداً ولذا لم يضمنه، فأزال الوهم بأنه إنما لم يضمنه لإخلافه لا لوقوعه حداً قوله: **(ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة، لأن الخصومة شرط لظهور السرقة)** والخصم هو المسروق منه فلا بد من حضوره وهو قول الشافعي وأحمد وقال مالك وأبو ثور: لا تشترط المطالبة لعموم الآية وكما في حد الزنا. وقوله: **(ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافاً للشافعي في الإقرار)** هو خلاف الأصح عنده، والأصح عنده أن الإقرار كالبينة. يعني إذا أقر عند الحاكم إني سرقت مال فلان نصاباً من حرز لا شبهة فيه فإنه لا يقطعه حتى يحضر فلان ويدعي. وما ذكره عن الشافعي رواية عن أبي يوسف لأن خصومة العبد ليس إلا ليظهر سبب القطع الذي هو حق الله تعالى، وبالإقرار يظهر السبب فلا حاجة إلى حضوره. والجواب أنه ما لم يظهر تصديق المقرّ له في المقرّ به للمقرّ ظاهراً، ولهذا لو أقرّ لغائب ثم لحاضر جاز، ولأن شبهة الإباحة بإباحة المالك للمسلمين أو بطائفة السارق منهم ثابتة، وكذا شبهة وجود إذنه له في دخوله في بيته فاعتبرت المطالبة دفعاً لهذه الشبهة، بخلاف الزنا فإنه لا يباح بإباحة بوجه من الوجوه فلم تتمكن فيه هذه الشبهة. والحق احتمال إباحة المالك ونحوه هي الشبهة الموهومة التي سينفيها المصنف وسيتضح لك، فالمعوّل عليه ما ذكرنا من أن ملك المقرّ قائم ما لم يصدقه المقرّ له قوله: **(وكذا إذا غاب)** المسروق منه **(عند القطع)** لا يقطع حتى يحضر، وبه قال الشافعي وأحمد خلافاً

على الحدّاد، فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان إيذاناً بأن القطع لم يقع حداً، إذ القطع حداً والضمان لا يجتمعان وعدم الضمان على الحدّاد باعتبار أنه أخلف خيراً لا باعتبار أن القطع وقع حداً، وأما على مذهبهما فظاهر لا حاجة إلى ذكره لأنهما يضمنان الحدّاد في العمد فلا يقع القطع حداً لا محالة فيضمن السارق لعدم لزوم الجمع بين الضمان والقطع حداً. وقوله: **(وفي الخطإ كذلك على هذه الطريقة)** أي على طريقة أن القطع لم يقع حداً لأنه إذا لم يقع حداً لم يوجد ما ينافي الضمان والمقتضى وهو الإتلاف موجود فيجب الضمان البتة **(وعلى طريقة الاجتهاد)** الذي قلنا في طريق أبي يوسف ومحمد أن ضمان اليد على الحداد بطل بطريق الاجتهاد **(لا يضمن)** السارق المال لوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع حداً لا يجتمعان قال: **(ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه)** اختلف العلماء في اشتراط حضور المسروق منه وطلبه السرقة للقطع، فقال ابن أبي ليلى، لا حاجة إلى ذلك وتقبل الشهادة على السرقة حسبة كالزنا، لأن المستحق بكل واحد منهما خالص حق الله تعالى. وقال

قوله: **(وإنما خص أبا حنيفة الخ)** أقول: قال الشيخ الإمام السغناقي وتبعه الكاكي: وإنما خص أبا حنيفة لما أن شبهة عدم وجوب الضمان على السارق إنما ترد على مذهبه لأنه يقول بعدم وجوب الحد فيظن ظان أن القطع وقع حداً عنده فلا يضمن السارق استدلالاً بعدم وجوب الضمان اهـ. وعندي أن ما ذكر السغناقي أنسب بالمقام مما ذكره الشارح تبعاً للإتقاني فتأمل أنت قوله: **(فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان الخ)** أقول: فيه بحث فإن الظاهر خلاف ذلك قوله: **(قلنا في طريق أبي يوسف ومحمد)** أقول: وجه التخصيص غير ظاهر فإن ذلك في طرف أبي حنيفة أيضاً.

على مال الغير لا تظهر إلا بخصومته، وكذا إذا غاب عند القطع عندنا، لأن الاستيفاء من القضاء في باب الحدود **(وللمستودع والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم ولربِّ الوديعة أن يقطعه أيضاً)** وكذا المغصوب منه. وقال زفر والشافعي: لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع، وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك، ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لأنه لا حق له في المطالبة بالعين

لمالك **(لأن الإمضاء من القضاء في الحدود)** على ما مر، وعلى ظاهر كلام المصنف يكون التشبيه في ثبوت خلاف الشافعي، لكن علمت أن الأصح أنه كقولنا، ولما ثبت أن المطالبة شرط شرع في بيان من له المطالبة فقال: **(وللمستودع)** بفتح الدال **(والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم)** أي إذا سرق الوديعة أو المال المغصوب، وأما صاحب الربا فكالمشتري عشرة بخمسة إذا قبض العشرة فسرقها سارق قطع بخصومته لأن هذا المال في يده بمنزلة المغصوب، إذ المشتري شراء فاسداً في يد المشتري كالمغصوب **(ولربِّ الوديعة أن)** يخاصمه و **(يقطعه أيضاً)** كما للمودع **(وكذا المغصوب منه. وقال زفر والشافعي: لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع، وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة)** كمتولي الوقف والأب والوصي يقطع السارق لما في أيديهم من مال الوقف واليتيم بخصومتهم **(ويقطع أيضاً السارق من هؤلاء بخصومة المالك)** بما في أيديهم **(إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده)** والصحيح من نسخ الهداية بعد قضاء الدين، ويدل عليه تعليله بقوله: **(لأنه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه)** أي بدون قضاء الدين فليس له أن يخاصم في ردها، وكذا نقل عن ابن المصنف أنه قال: كان في نسخة المصنف بعد القضاء. وقيل يمكن أن يكون هذا جواب القياس: يعني أن للمالك أن يسترد الرهن كالمودع يسترده للحفظ فلا يكون أدنى حالاً منه، وقيد بقوله حال قيام الرهن لأنه إذا كان مستهلكاً لا يقطع إلا بخصومة المرتهن لأن الدين سقط عن الراهن فلم يبق له حق في مطالبته بالعين لا لنفسه ولا للحفظ. وفي غاية البيان: وينبغي أن يكون للراهن ولاية القطع إذا كانت قيمة الرهن أزيد من الدين بقدر عشرة، لأن الزائد أمانة في يد المرتهن فكان المرتهن بالنسبة إلى ذلك القدر كالمودع والراهن كالمودع فيقطع بخصومته قوله: **(فالشافعي رحمه الله بناه)** أي بنى عدم القطع بخصومة هؤلاء **(على أصله وهو أن لا خصومة لهم في الاسترداد)** عند جحود من في يده المال المودع كأبناء غير المودع، إلا أن يحضر المالك لأنهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم لإبقاء اليد، فلأن لا يملكوها لإعادة اليد أولى. قيل لكن المذكور

الشافعي: إن أقرّ السارق بالسرقة فلا حاجة إلى ذلك، وإن ثبت بالبينة فلا بد من ذلك لأن الشهادة تبتني على الدعوى في الحال، فما لم يحضر هو أو نائبه لا تقبل شهادته، وإن غاب بعد ذلك لا يتعذر استيفاء القطع. وعندنا حضور شرط في الإقرار والشهادة جميعاً عند الأداء وعند القطع، لأن الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال رد الإقرار والإقرار له بالملك بعد الشهادة وبه تنتفي السرقة، وكل ما هو شرط الشيء لا يتحقق بدونه فكان القطع قبل حضوره استيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لا يجوز، وكلامه في الكتاب واضح خلا أن فيه توهم التكرار، لأن معنى قوله لأن الجناية على مال الغير لا تظهر إلا بخصومة هو معنى قوله لأن الخصومة شرط لظهورها: أي لظهور السرقة وهي الجناية. ويمكن أن يدفع بأن الأول تعليل لاشتراط الحضور، والثاني لعدم التفرقة بين الإقرار والشهادة وإن كانا بمعنى واحد؛ ومعنى قوله لأن الاستيفاء من القضاء في باب الحدود قد تقدم قوله: **(وصاحب الربا)** قيل صورته: رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهماً وقبضه فسرق منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة، ولم يذكر العاقد الآخر من عاقدي الربا فكأنه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة، بخلاف رب الوديعة والمغصوب منه فإن الملك لهما باق قوله: **(وكل من له يد حافظة)** يريد متولي الوقف والأب والوصيّ، ولو سرق سارق من أحد هؤلاء وخاصم المالك قطع وإن لم تكن السرقة من عنده لقيام الملك قوله: **(إلا أن الراهن)** استثناء منقطع، وقد اختلف نسخ الهداية فيه، ففي بعضها إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده، وفي بعضها حال قيام الرهن بعد قضاء الدين.

بدونه. والشافعي بناه على أصله أن لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده. وزفر يقول: ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لأن فيه تفويت الصيانة. ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها، وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقاً إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد فيستوفي القطع. والمقصود من الخصومة إحياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر، ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن فإنه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وإن كانت شبهة الإذن في

في كتبهم يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن، وكذا يقول مالك ويزيد المستعير أيضاً وزفر يقول: **(ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لأن فيه)** أي في القطع **(تفويت الصيانة)** لسقوط الضمان به فيفوت الحفظ فيعود الأمر على موضوعه بالنقض إذ تصير خصومته لإثبات الحفظ سبباً لنفيه **(ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها، وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقاً)** وهذه النكتة هي مبنى الخلاف: أعني كون خصومتهم معتبرة فأثبتها بقوله: **(إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد)** والأحسن أن يقال لهم ولاية الحفظ وهو باليد فكان استعادتها حقاً لهم، كما أن ذلك للمالك بل الملك في الحقيقة لم يرد إلا لليد، وهذا لأن ذا اليد إن كان أميناً لا يقدر على أداء الأمانة إلا بها، وإن كان غاصباً لا يقدر على إسقاط الضمان عن نفسه إلا بذلك فكان خصومة في حق لهم ثم تظهر به السرقة فيجب بها القطع، ولذا لا يحتاج إلى إضافة المال إلى المالك بل يقول سرق مني وقصده إحياء حق المالك وحق نفسه، بخلاف خصومته في القصاص لا تعتبر فلا يقتص بخصومته لأنه ليس فيه حقه في إعادة يده. وأورد أن في صورة الإقرار لا يقطع إلا بحضور المالك وهو إحدى الحجتين، وكذا لو أقام وكيل المالك بينة على السرقة لا يقطع بخصومته عندنا خلافاً للشافعي مع ظهور السرقة بحجة شرعية فيهما، وما ذاك إلا لتوهم الشبهة حال غيبة المالك على ما ذكرنا قبل والتوهم موجود في هذه الصورة مع أنه يقطع. أجيب بأن المستعير ومن ذكر معه أصحاب يد صحيحة، وبينا أن لهم حق الاسترداد فخصومة كل منهم باعتبار حقه، بخلاف الوكيل؛ ألا ترى أنه لا يستغني عن إضافة الخصومة إلى غيره. وفي فصل الإقرار شبهة زائدة هي جواز أن يردّ المالك إقراره فيبقى المال مملوكاً للسارق فاستيفاء الحد مع ذلك استيفاء مع الشبهة.

ثم أجاب عن قول زفر بقوله: **(وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء)** حقاً لله وإن لزم غير مقصود ولا دائمي، لأنه إنما يثبت إذا كان مستهلكاً فليس لازماً للقطع مطلقاً مع أنه مهدر في اعتبار الشرع بدليل الإجماع على أن يقطع بخصومة الأب والوصي بسرقة مال اليتيم وإن لزمه سقوط الضمان فكان تعليله لذلك مردوداً بدلالة الإجماع. وقوله: **(ولا معتبر بشبهة موهومة)** جواب عن مقدر هو أن يقال احتمال إقرار المالك له: أي اعترافه بأنها له وإذنه إذا حضر ثابت فلا يقطع مع هذه الشبهة فقال هذه شبهة يتوهم اعتراضها عند حضوره، ولا عبرة بمثلها بل المعتبر شبهة ثابت توهمها في الحال لا

واستصوبه الشارحون نقلاً وعقلاً؛ أما نقلا فلأنه موافق لرواية الإيضاح والمحيط. قال في المحيط: إذا سرق الرهن من المرتهن فللمرتهن أن يقطعه وليس للراهن أن يقطعه لأنه لا سبيل له على أخذ الرهن. قال: وإن قضى الراهن الدين فله أن يقطعه لأن له أن يأخذه. وكذا في الإيضاح. وأما عقلا فلأن السارق إنما تقطع يده بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين، والمراد بالرهن المرهون، والضمير في (بدونه) راجع إلى قضاء الدين، وعلى النسخة الأولى إلى قيام الرهن فكان شرط جواز القطع بخصومة الراهن أمرين: قيام المرهون حتى لو هلك لا سبيل للراهن عليه لبطلان دينه عنه. وقضاء الدين لحصول ولاية الاسترداد حينئذ، وزفر والشافعي اتفقا في الحكم واختلفا في تخريج المناط **(فالشافعي بناه على أصله أن لا خصومة لهؤلاء المذكورين في الاسترداد عنده)** إذا جحد من في يده المال ما لم يحضر المالك، وإذا لم يكن لهم ولاية الاسترداد لا يلتفت إلى خصومهم **(وزفر يقول: ولاية الخصومة في الاسترداد ضرورة الحفظ)** والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها **(فلا تظهر في حق القطع لأن**

قوله: **(ومعنى قوله إلى قوله قد تقدم)** أقول: في باب الشهادة على الشهادة.

دخول الحرز ثابتة (وإن قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة أن يقطع السارق الثاني) لأن المال غير متقوّم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها، وللأول ولاية الخصومة في

على تقدير منتف في الحال؛ ألا يرى أن القطع يستوفي بالإقرار وإن توهم اعتراض رجوعه، وكذا لو حضر المالك وغاب المستودع يقطع، وإن كان لو حضر المستودع قال كان ضيفي أو أذنت له في الدخول في بيتي، ولا يخفى أن لا فرق بين هذه الشبهة والشبهة التي ذكرها بعضهم في اشتراط حضور المسروق منه للخصومة من احتمال إباحة المالك المسروق للمسلمين ونحوه، فإنه جاز أنه إذا حضر قال كنت أبحته للمسلمين أو لطائفة السارق منهم كما جاز أن يقرّ له به سراً، فإذا كانت هذه شبهة وموهومة لا تعتبر فكذلك تلك، وإن اعتبرت تلك بسبب قيام احتمالها في نفس الأمر لا على تقدير حضوره المنتفي في الحال فهذه كذلك، لأن احتمال كون المالك كان أذن له أو أنه مقرّ له به قائم في الحال. وقوله: (في ظاهر الرواية) احتراز عما روى ابن سماعة عن محمد أنه قال: ليس للمالك أن يقطعه حال غيبة المستودع قوله: (وإن قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لربّ المال أن يقطع السارق الثاني) وبه قال أحمد والشافعي في قول. وقال مالك والشافعي في قول: يقطع بخصومة المالك لأنه سرق نصاباً من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخصومة مالكه سواء قطع السارق الأول أو لا. ولنا أن المال لما لم يجب على السارق ضمانه كان ساقط التقوم في حقه، وكذا في حق المالك لعدم وجوب الضمان له فيد السارق الأول ليست يد ضمان ولا يد أمانة ولا يد ملك فكان المسروق مالاً غير معصوم فلا قطع فيه. وروى في نوادر هشام عن محمد: إن قطعت الأول لم أقطع الثاني وإن درأت القطع عن الأول لشبهة قطعت الثاني. ومثله في الإملاء لأبي يوسف. وأطلق الكرخي والطحاوي عدم قطع السارق من السارق، وهو قول أحمد لأن يده ليست يد أمانة ولا يد ملك فكان ضائعاً ولا قطع في أخذ مال ضائع. قلنا: بقي أن يكون يد غصب والسارق منه يقطع فالحق التفصيل المذكور (وللأول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته إذ الرد واجب عليه) وفي رواية أخرى ليس له ذلك لأن يده ليست يد ضمان ولا أمانة ولا ملك والرد منه ليس بأولى منه إلى المالك. والوجه أنه إذا ظهر هذا الحال عند القاضي لا يرده إلى الأول ولا إلى الثاني إذا رده لظهور خيانة كل منهما. بل يرده من يد الثاني

فيه) أي في ظهورها في حق القطع (تفويت الصيانة) لأن المال مضمون على السارق، فلو استوفى القطع سقط الضمان فيكون فيه تضييع لا صيانة وهم مأمورون بالحفظ والصيانة (ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها) وهذا ظاهر (و) السرقة (قد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقاً) أي غير ضرورية، فالموجب للقطع قد ظهر عند القاضي بحجة شرعية فيترتب عليه القطع، وإنما قال إن الخصومة غير ضرورية (لأن الاعتبار لحاجتهم إلى استرداد اليد) وهم في ذلك كالمالك، لأن اعتبار خصومة المالك لحاجته إلى إظهار السرقة لإعادة اليد على المحل تحصيلاً للأغراض المتعلقة باليد، وهذا المعنى موجود في هؤلاء، أما المستأجر والمستعير فلاحتياجهما إلى الانتفاع بالمحل، وأما المرتهن والمودع فللرد إلى المالك تخليصاً للذمة عن عهدة الضمان والتزام الحفظ، وإذا ثبت أن الخصومة مطلقة اندفع ما قال زفر إنها ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع. وقوله: (والمقصود من الخصومة) أي مقصود صاحب اليد (إحياء حق المالك وسقوط) الضمان بسقوط (العصمة) من ضرورة القطع فكان ضمنياً والضمني غير معتبر، وهذا جواب عن قول زفر لأن فيه تفويت الصيانة. قوله: (ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض) جواب سؤال مقدر تقديره أن يقال ينبغي أن لا يقطع السارق بدون حضرة المالك كما مر في مسئلة قبيل هذا الاحتمال أنه لو حضر أقرّ للسارق بالمسروق. وتوجيه الجواب هذه شبهة موهومة الاعتراض فلا تعتبر (كما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن) فإن فيه شبهة موهومة أيضاً وهو أن يحضر المؤتمن ويقول إنه كان ضيفاً عندي في الوقت الذي سرق ذلك ومع ذلك لم يشترط حضور المؤتمن بل يقطع بخصومة المالك (في ظاهر الرواية) وقيد بظاهر الرواية احترازاً عن رواية ابن سماعة عن محمد أن المالك ليس له أن يقطعه حال غيبة المودع لأن السارق لم يسرق من المالك وإنما سرق من الذي كان عنده فلم يجز أن يطالب بذلك غيره. فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسئلة. وبين ما إذا أقرّ السارق بالسرقة في غيبة المالك حيث لا يقطع ما لم

الاسترداد في رواية لحاجته إذ الرد واجب عليه (ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الأول أو بعد ما درىء الحد بشبهة يقطع بخصومة الأول) لأن سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب (ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع) إلى الحاكم (لم يقطع) وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتباراً بما إذا رده بعد المرافعة. وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة، لأن البينة إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة، بخلاف ما بعد المرافعة

إلى المالك إن كان حاضراً، وإلا حفظه كما يحفظ أموال الغيب (ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الأول أو بعد ما درىء عنه القطع بشبهة يقطع بخصومة الأول لأن سقوط التقوّم ضرورة القطع ولم يوجد فصار) بده (ك) يد (الغاصب) قوله: (ومن سرق سرقة فردها إلى المالك قبل الارتفاع إلى الحاكم لم يقطع. وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتباراً بما إذا ردها بعد المرافعة. وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة) التي هي الموجب للقطع فكانت شرطاً في القطع، والخصومة لا تتحقق بعد الرد لأنها أعني الخصومة الموجبة لا تتم إلا بإقامة البينة، وهي (إنما جعلت حجة لقطع المنازعة وقد انقطعت) المنازعة بالرد (بخلاف ما بعد المرافعة) أي بخلاف ما لو ردها بعد المرافعة وسماع البينة والقضاء فإنه يقطع، وكذا بعد سماعها قبل القضاء استحساناً لظهور السرقة عند القاضي بالشهادة بعد خصومة معتبرة، وإذا رد المال للخصومة حصل مقصودها وبحصول المقصود من الشيء ينتهي وبالانتهاء يتقرر في نفسه فكانت الخصومة قائمة لقيام يده على المال فيقطع بعد رده، ولا فرق في عدم القطع بين أن يرد قبل الخصومة إلى يد المالك أو يد أبيه أو أمه أو جده أو جدته وإن لم يكونوا في عياله، ولذا يبرأ المستعير والمودع بالرد إليهم لأن لهم شبهة ملك في ماله، فالرد إليهم رد إليه حكماً وذلك كاف في الرد إليه. بخلاف ما لو رد إلى ابنه وذوي رحمه المحرمة كأخيه وعمه وخاله إن كانوا في عياله يبرأ فلا يقطع كما لو رده إلى زوجته أو عبده أو مكاتبه أو أجيره مشاهرة وهو الذي يسمى غلامه أو مسانهة يبرأ في

يحضر مع أن العلة المذكورة وهو قوله إن السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي الإقرار موجودة وشبهة الإذن بالدخول في الحرز أو اقرار بالمسروق للسارق موهومة الاعتراض ومع ذلك لا يقطع. أجيب بأن الفرق من حيث أن ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة فلم تؤثر الشبهة في دفع العلة عن مقتضاها لقوتها، بخلاف صورة الإقرار فإنها لم تكن كذلك. قال: (وإن قطع سارق بسرقة) المسروق إذا سرق من السارق، فإما أن يكون قبل أن قطع يده أو بعده، فإن كان الثاني لم يكن له: أي للسارق ولا للمالك أن يقطع يد السارق الثاني، أما السارق فلوجهين: أحدهما (أن المال غير متقوّم في حقه حتى لا يجب الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها) والثاني أن يده لم تبق من الأيدي التي ذكرناها من ملك وضمان ووديعة وخصومة من هذه صفته لا تعتبر في القطع وأما المالك فللوجه الأول. وقوله: (وللأول) أي السارق الأول (ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته إذ الرد واجب عليه) وليس له ذلك في رواية أخرى لأن يده ليست بصحيحة لكون اليد الصحيحة عبارة عن أن تكون يد مالك أو ضمان أو أمانة ولم يوجد ذلك وإن كان الأول يقطع بخصومة الأول لأن سقوط التقوّم كان لضرورة القطع، وكذا خروج يده عن كونها يد ضمان كان لذلك وقد انتفى ذلك فصار كالغاصب والدرء بالشبهة لعدم القطع ههنا ولهذا قرن المصنف بينهما (ومن سرق سرقة فردها على المالك) فإما أن يردها (قبل الارتفاع إلى الحاكم) أو بعده، فإن كان الأول لم يقطع في ظاهر الرواية (وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتباراً بما إذا رده بعد المرافعة) بجامع أن القطع حق الله فلا يحتاج فيه إلى الخصومة فكان ما قبل الارتفاع وما بعده سواء (وجه ظاهر الرواية أن الخصومة شرط لظهور السرقة لأن البينة إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة) يعني أن السرقة تظهر بالبينة والبينة حجة ضرورة قطع الخصومة وقطع الخصومة بدونها غير متصور،

قوله: (أجيب بأن الفرق من حيث أن ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة) أقول: قد مر في هذه الصحيفة أن الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال رد الإقرار والإقرار له بالملك بعد أداء الشهادة، فتأمل هل يندفع ذانك الاحتمالان دون أن يحضر المالك قال المصنف: (إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة) أقول: فإن قيل إن أريد أنها جعلت حجة لتلك الضرورة في حقوق العباد فمسلم ولا يفيد لأن القطع من حقوق الله، وأن أريد في جميع الحقوق فغير مسلم وهو ظاهر. قلنا: المراد هو الأول، لكن ثبوت حق الله هنا يكون في ضمن حق العبد في المسروق، ولهذا لو شهد شاهدان على رجل بالسرقة والمشهود له ينكر السرقة لا يقطع السارق، به الزيلعي فتأمل.

لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديراً (وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع) معناه إذا سلمت إليه (وكذلك إذا باعها المالك إياه) وقال زفر والشافعي: يقطع، وهو رواية عن أبي يوسف، لأن السرقة قد تمت انعقاداً وظهوراً، وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة. ولنا أن الإمضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء، إذ القضاء للإظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده، وإذا كان كذلك يشترط قيام

هؤلاء كلهم فلا يقطع. ولو سرق من المكاتب ورده إلى سيده أو من العيال ورده إلى من يعولهم: أي سرق من شخص ورده إلى من يعول المسروق منه يبرأ ولا يقطع، ويبرأ المستعير والمودع برد الوديعة إلى من يعول المودع. وأما الغاصب فلا يبرأ بالرد إلى الأب والأم ولا إلى ولده وأقاربه المحرمة الذين في عياله ولا إلى الزوجة ومن ذكرنا معها قوله: (وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبها له المالك) وسلمها إليه وباعها منه (لا يقطع. وقال زفر والشافعي) وأحمد ومالك (يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لأن السرقة قد تمت انعقاداً) بفعلها بلا شبهة (وظهوراً) عند الحاكم وقضى عليه بالقطع، ولا شبهة في السرقة إلا لو صح اعتبار عارض الملك المتأخر متقدماً ليثبت اعتباره (وقت السرقة) ولا موجب لذلك فلا يصح (فلا شبهة) فيقطع. ومما ينفي صحة ذلك الاعتبار ما في حديث صفوان أنه قال «يا رسول الله لم أرد هذا، ردائي عليه صدقة، فقال عليه الصلاة والسلام: فهلا قبل أن تأتيني به» رواه أبو داود وابن ماجه، زاد النسائي في روايته «فقطعه رسول الله ﷺ»[1] وهذا بخلاف ما لو أقرّ له بالسرقة بعد القضاء فإنه لا يقطع لأن بالإقرار يظهر الملك السابق فينتفي القطع قوله: (ولنا أن الإمضاء) يعني استيفاء الحد بالفعل (من القضاء في باب الحدود) فما قبل الاستيفاء كما قبل القضاء، ولو ملكه قبل القضاء لا يقطع فكذا قبل الاستيفاء، والشأن في بيان أن الاستيفاء من القضاء أو هو القضاء في هذا الباب، وقد بيناه في حد الزنا، إلا أن المصنف لما كان هذا هنا من مقدمات دليله ولم يبينه بقوله: (لوقوع الاستغناء عنه) أي عن القضاء (بالاستيفاء) حتى لو لم يقض بعد تعديل البينة باللفظ بل أمر بالاستيفاء أو استوفى هو الحد بنفسه سقط عنه القضاء، وهذا لأن المقصود من القضاء باللفظ ليس إلا إظهار الحق للمستحق

فثبت أن الخصومة شرط لظهور السرقة (والخصومة قد انقطعت) بالرد إلى المالك فشرط ظهور السرقة قد انقطع، وإذا انقطع شرط ظهورها انقطع ظهورها ولا قطع بدون ظهورها، وإن كان الثاني قطع لأن الشرط لم ينقطع بل انتهى بحصول المقصود منه وهو استرداد المال إلى المالك، والشيء يتقرر بانتهائه لا أنه يبطل كالنكاح يتقرر بالموت لا أنه يبطل، لكنها أعني الخصومة تجعل باقية تقديراً لاستيفاء القطع، والرد إلى ابن المسروق منه وإلى أخيه وعمه وخاله وهم في عياله وكذا إلى امرأته أو أجيره مشاهرة أو عبده، وكذا الرد إلى أبيه أو أمه أو جده سواء كانوا في عياله أو لم يكونوا كالرد إلى نفسه استحساناً (وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبه المالك) وسلمه إياه (أو باعه إياه لم يقطع) وإنما فسر المصنف كلام الجامع الصغير بقوله معناه إذا سلمت لأن الهبة إذا لم تتصل بالتسليم والقبض لا تثبت الملك وقال زفر والشافعي: (يقطع، وهو رواية عن أبي يوسف، قالوا: لأن السرقة قد تمت انعقاداً) بأخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز لا شبهة فيه إذ وضع المسئلة في ذلك (وظهوراً) لأن الفرض أنه قضى عليه بالقطع ولا يكون ذلك إلا بعد ظهورها (وبهذا العارض) يعني ثبوت الملك للسارق بسبب الهبة أو البيع (لم يتبين قيام الملك وقت السرقة) لأن ثبوت الملك بهما إنما يكون على وجه الاقتصار على وقت ثبوت الهبة والبيع، وهذا احتراز عما إذا أقرّ به المسروق منه للسارق، فإن الإقرار يظهر ما كان ثابتاً للمقر له من الملك، فيلزم منه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة فيكون شبهة (ولنا أن الإمضاء من القضاء) يعني أن استيفاء الحد من تتمة قول القاضي حكمت أو قضيت بالقطع أو بالرجم أو بالحد (في هذا الباب) يعني باب الحدود (لوقوع الاستغناء عنه) أي عن القضاء (بالاستيفاء) يعني أن القضاء في هذا الباب لا يغني غناءه: أي لا يفيد فائدته إلا باستيفاء (لأن القضاء للإظهار) ولا إظهارها هنا (لأن القطع حق الله وهو ظاهر عنده) فلو لم يجعل الاستيفاء قضاء في هذا الباب لعرى عن الفائدة بالكلية وهو باطل، بخلاف حقوق العباد فإن القضاء فيها يفيد إظهار الحق للطالب على المطلوب

---

(١) حديث صفوان تقدم مستوفياً في ٤/ ٣٨٤ وإسناده قوي لتعدد طرقه.

الخصومة عند الاستيفاء وصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء. قال: (وكذا إذا نقصت قيمتها من النصاب) يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء. وعن محمد أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي اعتباراً بالنقصان في العين. ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطاً يشترط قيامه عند الإمضاء لما ذكرنا، بخلاف النقصان في العين لأنه مضمون عليه فكمل النصاب عيناً وديناً، كما إذا استهلك كله، أما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا، (وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم بينة) معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة. وقال الشافعي: لا يسقط بمجرد الدعوى لأنه لا يعجز

والمستحق هنا هو الله عز وجل والحق ظاهر عنده غير مفتقر إلى الإظهار فلا حاجة إلى القضاء لفظاً، بل ولا يفيده سقوط الواجب عنه إلا بالاستيفاء (وإذا كان كذلك) والخصومة شرط (يشترط قيامها عند الاستيفاء) كما عند القضاء وهي منتفية بالهبة، بخلاف رده المال المسروق بعد القضاء بالقطع لأن به تنتهي الخصومة والشيء بانتهائه يتقرر فتكون الخصومة بعده متقررة فيقطع. وأما الحديث ففي رواية كما ذكر[1]، وفي رواية الحاكم في المستدرك قال: أنا أبيعه وأنسئه ثمنه، وسكت عليه. وفي كثير من الروايات لم يذكر ذلك بل قوله ما كنت أريد هذا، وقوله أيقطع رجل من العرب في ثلاثين درهماً؟ ولم يثبت أنه سلمه إليه في الهبة، ثم الواقعة واحدة فكان في هذه الزيادة اضطراب، والاضطراب موجب للضعف. ويحتمل كون قوله هو صدقة عليه كان بعد الدفع إليه وفي ذلك لا يكون ملكاً له قبل القبض قوله: (وكذلك إذا نقصت قيمتها) أي قيمة السرقة أي العين المسروقة بعد القضاء قبل الاستيفاء عن العشرة لا يقطع في ظاهر المذهب (وعن محمد: يقطع وهو قول زفر) وباقي الأئمة الثلاثة (اعتباراً بالنقصان في العين) فإنه إذا كانت ذات العين ناقصة وقت الاستيفاء والباقي منها لا يساوي عشرة يقطع بالاتفاق، فكذا إذا كانت قيمتها وقت الاستيفاء كذلك (ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطاً يشترط كماله عند الإمضاء لما ذكرنا) أنه من القضاء وهو منتف في نقصان القيمة (بخلاف نقصان العين لأن ما استهلكه مضمون عليه) فكان الثابت عند القطع نصاباً كاملاً بعضه دين وبعضه عين، بخلاف نقصان السعر فإنه لا يضمنه لأنه يكون لفتور الرغبات وذا لا يكون مضموناً على أحد فلم تكن العين قائمة حقيقة ومعنى فلم يقطع، كذا في النهاية. وصار كما لو كان السارق استهلكه كله فإنه يقطع به لقيامه إذ ذاك ثم يسقط ضمانه قوله: (وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم بينة) قال المصنف (معناه بعد ما شهد عليه الشاهدان بالسرقة) وإنما فسر به ليخرج ما إذا أقرّ بالسرقة ثم رجع فقال لم أسرق بل هو ملكي فإنه لا

فلا حاجة إلى جعل الإمضاء من تتمة القضاء، وهذا فقه تفويض استيفاء الحدود إلى الأئمة دون سائر الحقوق (وإذا كان كذلك) أي إذا كان الإمضاء من القضاء يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء) كما يشترط وقت ابتداء القاضي القضاء وقد انتفى ذلك بالبيع والهبة وهذا لأن ما يكون شرطاً لوجوب القضاء يراعي وجوده إلى وقت الاستيفاء لأن المعترض قبل الاستيفاء كالمقترن بأصل السبب بدليل العمى والخرس والردة والفسق في الشهود، فإن الحدود لا تستوفي إذا كانت الشهود على هذه الأوصاف وقت الاستيفاء بالإجماع ذكره في الأسرار وقوله: (وصار كما إذا ملكها قبل القضاء) يعني صار الملك الحادث بعد القضاء قبل الاستيفاء كالملك الحادث قبل القضاء، لأنه لما لم يمض فكأنه لم يقض. ولقائل أن يقول: جعلتم الخصومة باقية تقديراً في صورة ردّ المسروق بعد المرافعة قبل الاستيفاء ولم يكن الاستيفاء ثمة من القضاء حتى أوجبتم القطع، وههنا جعلتم الاستيفاء من القضاء في باب الحد وجعلتم البيع والهبة دافعاً لوجوب الحد وما ذلك إلا تناقض صرف. والجواب أن الاستيفاء من القضاء في باب الحدود مطلقاً، لكن في صورة الرد لم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالأخذ، وههنا حدث بينهما تصرف موضوع لإفادة الملك وكان شبهة في درء الحد. قال: (وكذلك إذا نقصت قيمتها من النصاب) هذا معطوف على قوله فهربت له. وقوله: (يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء) بيان لذلك لأن الكلام في المعطوف عليه كان على ذلك التقدير. وقوله: (اعتباراً بالنقصان في العين) يعني بأن هلك درهم من العشرة أو استهلكه، وهذا بناء على أن المعتبر في قيمة المسروق أن يكون يوم السرقة ويوم القطع عشرة

---

(١) مراده حديث صفوان، وقد تقدم في الجزء الرابع.

عنه سارق فيؤدي إلى سدّ باب الحد. ولنا أن الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال، ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار **(وإذا أقرّ رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا)** لأن الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر، لأن السرقة تثبت بإقرارهما على الشركة **(فإن سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما)** وكان يقول أوّلاً: لا يقطع، لأنه لو حضر ربما يدعي

يقطع بالإجماع، ولكن يلزمه المال وقال الشافعي: **(لا يسقط بمجرد دعواه)** وهو أحد الوجهين، كذا ذكره بعض أصحابه، وهو رواية عن أحمد لأن سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدي إلى سدّ باب الحد، إذ لا يعجز سارق عن هذا. ونقل عنه أنه لا يقطع قيل هو نص الشافعي. وعن أحمد رواية أنه إن كان معروفاً بالسرقة قطع لأنه يعلم كذبه بدلالة الحال. قال ابن قدامة: وأولى الروايات أنه لا يقطع بكل حال لأن الحد يدرأ بالشبهات وهي احتمال صدقه. قال المصنف: **(ولا معتبر بما قال)** من أنه يفضي إلى سد باب الحد **(بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار)** إجماعاً، والسارق لا يعجز عن ذلك مع أنه يعتبر رجوعه شبهة دارئة إذا رجع، على أنه ممنوع، فإن من يعلم هذا من السراق أقل من القليل كالفقهاء وهم لا يسرقون غالباً قوله: **(وإذا أقرّ رجلان بسرقة ثم قال: أحدهما هو مالي لم يقطعا، لأن الرجوع عامل في حق الراجع منهما ويورث الشبهة في حق الآخر، لأن السرقة ثبتت بإقرارهما على الشركة)** فتتحد فتعمل الشبهة فيهما قوله: **(فإن سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر)** الحاضر منهما **(في قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما)** وقول الأئمة الثلاثة **(وكان يقول أوّلاً لا يقطع لأنه إن حضر)** الغائب **(ربما يدعي شبهة)** والسرقة واحدة فتعمل في حقهما **(وجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوماً)** فإنما عملت الشهادة في حق الحاضر فقط **(ولا معتبر بتوهم حدوث شبهة على ما مر)** في خلافية زفر في القطع بخصومة الغاصب والمودع، ثم لو

دراهم، فإن نقص عن ذلك قبل القطع في العين لم يمنع عن الاستيفاء بالاتفاق، وإن كان النقصان لتراجع السعر فكذلك عند محمد في غير ظاهر الرواية اعتباراً بالأول بجامع وجود سرقة النصاب فيهما. ووجه الظاهر **(أن كمال النصاب لما كان شرطاً)** في الابتداء **(يشترط قيامه عند الإمضاء لما ذكرنا)** أن الإمضاء من القضاء، والفرق بينه وبين النقصان في العين **(أن النقصان في العين مضمون عليه)** أي على السارق والضمان قائم مقام المضمون فكان النصاب كاملاً عيناً وديناً وقت الأخذ وقت الاستيفاء **(كما إذا استهلك كله، أما نقصان السعر فغير مضمون)** فكان النصاب ناقصاً عند القطع فصار شبهة **(فافترقا، وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم البينة)** وفسره المصنف بقوله: **(معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة)** وإنما فسره بذلك احترازاً عما إذا فعل ذلك بعد الإقرار بالسرقة فإنه يسقط القطع بالاتفاق وقال الشافعي: **(لا يسقط بمجرد الدعوى لإفضائه إلى سد باب الحد حيث لا يعجز سارق عن ذلك، ولنا أن الشبهة دارئة و)** الشبهة **(تتحقق بمجرد الدعوى)** لاحتمال الصدق **(ولا معتبر بما قال)** إنه لا يعجز عنه سارق **(بدليل أن الرجوع عن الإقرار بالسرقة صحيح)** وما من مقرّ إلا ويتمكن من الرجوع، وكان ذلك معتبراً في إيراث الشبهة فكذا هذا، وفيه نظر لأن الإقرار حجة قاصرة والبينة حجة كاملة لما عرف، ولا يلزم أن يكون مورث الشبهة في الحجة القاصرة موثراً لها في الكاملة. والجواب أن الكمال والقصور إنما هو بالنسبة إلى التعدي إلى الغير وعدمه وليس كلامنا فيه، وأما بالنسبة إلى المقرّ فهما سواء قوله: **(وإذا أقرّ الرجلان بسرقة)** مبناه على صحة الرجوع. وقوله: **(لأن الرجوع عامل في حق الراجع)** يعني لعدم المكذب **(ومورث للشبهة في حق الآخر لأن السرقة تثبت بإقرارهما على الشركة)** فيكون فعلاً واحداً

قال المصنف: **(بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار)** أقول: يفهم مما ذكره ههنا أن صحة الرجوع بعد الإقرار في الحدود متفق عليه بيننا وبين الشافعي وقد صرح بخلافه في أوائل كتاب الحدود، لكن التعويل على ما يفهم هنا وهو المصرح به في كتبهم قوله: **(بدليل أنه يبطل بالتقادم)** أقول: فيه بحث قوله: **(وبدليل أنه لو قال أيفي المال الخ)** أقول: فيه بحث قال المصنف: **(ومعناه)** أقول: قال الإتقاني: أي معنى الاختلاف اهـ وفيه تأمل.

الشبهة. وجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوماً والمعدوم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر (**وإذا أقرّ العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فإنه يقطع وترد السرقة إلى المسروق منه**) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف: **يقطع والعشرة للمولى**. وقال محمد: **لا يقطع والعشرة للمولى** وهو قول زفر، ومعناه إذا كذبه المولى (**ولو أقرّ بسرقة مال مستهلك قطعت يده، ولو كان العبد مأذوناً له يقطع**

حضر الغائب لا يقطع إلا أن تعاد تلك البينة عليه أو تثبت ببينة أخرى، وكذا إذا أقرّ بسرقة مع فلان الغائب لا يقطع في قوله الأول ويقطع في قوله الآخر وهو قول باقي الأئمة قوله: (**وإذا أقرّ العبد المحجوز عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها**) حاصل وجوه هذه المسئلة أربعة، لأن العبد المقر بالسرقة إما مأذون له أو محجور عليه، وفي كل منهما إما أن يقرّ بسرقة مستهلكة أو قائمة فالمأذون له إذا أقرّ بسرقة هالكة يقطع عند الثلاثة ولا ضمان مع القطع. وقال زفر: لا يقطع ولكن يضمن المال، وإن أقرّ بسرقة قائمة قطع عند الثلاثة، وهذا قول المصنف (**لو كان مأذوناً قطع في الوجهين**) ويرد المال للمقرّ له سواء صدقه المولى أو كذبه.

وقال زفر: لا يقطع ولكن يرد المال. وإن كان العبد محجوراً، فإن أقرّ بسرقة هالكة قطعت يده عند الثلاثة، وقال زفر: لا يقطع. وإن أقرّ بسرقة قائمة فقال زفر لا يقطع، فظهر أن قول زفر لا يقطع في شيء وهو ما ذكره المصنف بقوله: (**وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها**) أي فيما إذا كان العبد محجوراً والإقرار بهالكة أو قائمة، أو مأذوناً والإقرار بهالكة أو قائمة. واختلف علماؤنا الثلاثة في هذا. أعني إقرار المحجور بقائمه في يده فقال أبو حنيفة: يقطع وترد لمن أقرّ له بسرقتها منه. وقال أبو يوسف: يقطع والسرقة لمولاه. وقال محمد: لا يقطع والسرقة لمولاه ويضمن مثله أو قيمته بعد العتاق للمقر له. وقال الطحاوي: سمعت أستاذي ابن أبي عمران يقول: الأقوال الثلاثة كلها عن أبي حنيفة،

قوله: (**لأنه لو حضر ربما يدعي الشبهة**) يعني وهي دارئة للحد عن نفسه وعن الحاضر، فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة وهو لا يجوز (**وجه القول الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب**) لأن القضاء على الغائب لا يجوز، ولأن الغائب في هذه الشهادة كأنه معدوم (**والمعدوم لا يورث الشبهة**) في حق الموجود وهذا لأن الشبهة هي المحققة الموجودة لا الموهومة ما مر) يريد قوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض. قال: (**وإذا أقرّ العبد المحجور عليه بسرقة مال**) إذا أقر العبد بسرقة، فإما أن يكون مأذوناً له أو محجوراً عليه، وكل منهما على وجهين: إما أن يكون المال قائماً بعينه أو مستهلكاً، وكل من ذلك على وجهين: أما إن كذبه المولى أو صدقه، فإن صدقه يقطع في الفصول كلها لوجود المقتضي وانتفاء المانع، وإن كذبه وهو مأذون له قطعت يده عند العلماء فالثلاثة سواء كان الإقرار بمال قائم أو مستهلك، ويرد القائم على المسروق منه. وإن كان محجوراً عليه، فإن أقرّ بمال مستهلك قطعت يده عند الثلاثة، وإن أقرّ بمال قائم بعينه في يده قال أبو حنيفة: تقطع يده ويرد المال إلى المسروق منه، وقال أبو يوسف: تقطع يده والمال للمولى، وقال محمد: لا تقطع يده والمال للمولى. حكى عن الطحاوي انه قال: سمعت استاذي ابن ابي عمران يقول: الاقاويل الثلاثة كلها عن ابي حنيفة. فقوله الاول به محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف، فأخذ به أبو يوسف ثم رجع إلى القول الثالث واستقر عليه. وأصل ذلك أن القطع أصل أو المال قال أبو حنيفة: القطع أصل والمال تابع بدليل أنه يبطل بالتقادم، وبدليل أنه لو قال أبغي المال ولا أبغي القطع لم يسقط القطع. وقال أبو يوسف: كل منهما أصل، أما أصالة القطع فيما قالوا في الحرّ إذا أقرّ وقال سرقت هذا المال من زيد وهو في يد عمرو وكذبه عمرو، ويصح إقراره في حق القطع دون المال، وأما أصالة المال فلأنه إذا سرق ما دون العشرة لا يقطع والخصومة شرط، ولولا أن المال أصل لوجب القطع بدونها لأنه محض حق الله تعالى وهو يستوفى بلا طلب. وقال محمد: المال أصل والقطع تبع، ووجهه وجه أبي يوسف في أصالة المال، وإذا ثبت هذا ظهر ما في الكتاب سوى ألفاظ نبينها، فقوله: (**في الوجهين**) يعني فيما إذا كان المال قائماً بعينه أو مستهلكاً. وقوله: (**في الوجوه كلها**) أي فيما إذا كان العبد محجوراً عليه أو مأذوناً له، وفيما إذا كان المال قائماً بعينه أو

قوله: (**حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع**) أقول: أي بدون الخصومة في القطع وإن لم يسقط القطع كما مر.

في الوجهين) وقال زفر: **لا يقطع في الوجوه كلها لأن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لأنه يردّ على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى، والإقرار على الغير غير مقبول إلا أن المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة إقراره به لكونه مسلطاً عليه من جهته. والمحجور عليه لا يصح إقراره بالمال أيضاً، ونحن نقول يصح إقراره من حيث إنه آدمي ثم يتعدى إلى المالية فيصح من حيث أنه مال، ولأنه لا تهمة في هذا الإقرار لما يشتمل عليه**

فقوله الأول أخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف. ثم رجع إلى القول الثالث واستقرّ عليه، فهو نظير مسئلة الحملان في الزكاة. ومعنى المسئلة إذا كذبه المولى في إقراره وقال المال مالي، أما إذا صدقه فلا إشكال في القطع ورد المال للمقر له به اتفاقاً، هذا كله إذا كان العبد كثيراً وقت الإقرار، فإن كان صغيراً فلا قطع عليه أصلاً وهو ظاهر، غير أنه إن كان مأذوناً يرد المال إلى المسروق منه إن كان قائماً، وإن كان هالكاً يضمن، وإن كان محجوراً فإن صدقه المولى يرد المال إلى المسروق منه إن كان قائماً ولا ضمان عليه إن كان هالكاً ولا بعد العتق. وقدم المصنف الكلام مع زفر فقال: (**إن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لأن إقراره**) بها (**يرد**) أثره (**على نفسه أو طرفه**) بالإتلاف (**وكل ذلك مال المولى**) فالإقرار به إقرار على مال الغير (**والإقرار على الغير غير مقبول إلا أن المأذون له**) لما تضمن إقراره الإقرار بالمال والطرف وبطل في الطرف (**يؤاخذ**) بالمال (**بضمانه**) إن كان هالكاً ويرده إن كان قائماً (**لصحة إقراره بالمال لكونه مسلطاً على الإقرار به من جهة المولى**) حيث أذن له في المعاملات (**ونحن نقول الإقرار بها منه صحيح لأن أثر الإقرار بها يرجع إليه من حيث هو آدمي**) لا من حيث هو مال، وما كان كذلك كان داخلاً تحت ملكه؛ ألا يرى أن المولى لا يملكه عليه وما لا يملكه المولى عليه كان مبقى فيه على أصل الآدمية فيملكه هو كالطلاق (**ولأنه لا تهمة في هذا الإقرار**) ليبطل في حق السيد لأن ضرره الراجع إليه فوق ضرر الراجع به إلى المولى لأنه يفوّت عليه نفسه أو طرفه، وما كان كذلك ينفذ على الغير، كما إذا شهد العبد العدل برؤية هلال رمضان وبالسماء علة فإنه يقبل حتى يلزم جميع الناس صومه، لأن ما لزمهم من ذلك فرع لزمه مثله فنفذ في حقهم تبعاً لنفاذه عليه، وكذا لو أقر المفلس بعمد القتل يقتل إجماعاً وإن كان فيه إبطال ديون الناس. و (**لمحمد في المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل، ولهذا لا يصح إقراره بالغصب فيبقى ما في يده مال المولى**) إذ الفرض تكذيب المولى له في إقراره فقد أقرّ بسرقة مال المولى وبسرقة مال المولى لا يقطع، وبهذا القدر يتم الوجه. وقوله بعده يؤيده الخ زيادة توكيد: أي يؤكد ما ذكرنا من عدم القطع (**أن المال**) في لزوم القطع (**أصل والقطع تابع**) والتابع من حيث هو لا يتحقق دون متبوعه، فحيث لم يجب المال للغير لا يجب القطع. وبيان أن المال أصل أن الخصومة تسمع في السرقة في حق المال حتى لو قال أريد المال فقط سمعت ولا يسقط القطع (و) لذا (**يثبت المال**) في دعوى السرقة بلا قطع فيما لو ادعاها وأقام رجلاً وامرأتين شهدوا بها فإنه يقضي بالمال (**دون القطع**) وكذا إذا أقرّ بالسرقة ثم رجع يلزمه المال ولا قطع (**وفي عكسه لا تسمع**) حتى

وقوله: (**لأنه يرد على نفسه**) يعني فيما إذا أقرّ بقتل الغير عمداً (**أو طرفه**) يعني فيما إذا أقرّ بالسرقة. وقوله: (**يؤاخذ بالضمان**) يعني في المستهلك. وقوله: (**والمال**) يعني إذا كان قائماً في يده. وقوله: (**من حيث إنه آدمي**) يشير إلى أن وجوب الحد باعتبار أنه آدمي مخاطب لا باعتبار أنه مال مملوك، والعبد في ذلك كالحر فإقراره فيما يرجع إلى استحقاق الحر كإقرار الحرّ، ولهذا لا يملك المولى الإقرار عليه بذلك، وما لا يملك المولى الإقرار به على عبده فالعبد فيه ينزل منزلة الحرّ كالطلاق. وقوله: (**ثم يتعدى إلى المالية فيصح من حيث إنه مال**) يعني لما صح إقراره من حيث إنه آدمي يصح من حيث أنه مال أيضاً بالسراية إليها لأن آدميته لا تنفك عن ماليته. وقوله: (**لما يشتمل عليه**) أي على العبد (**من الأضرار**) لأن ما يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحق المولى (**ومثله مقبول على الغير**) أي ومثل ما كان ضرر الإقرار فيه ساريا إلى المقرّ وإلى الغير يسمع على الغير أيضا بطريق التبعية لانعدام تهمة الكذب في ذلك الإقرار، كما إذا شهد الواحد عند الإمام برؤية هلال رمضان وفي السماء علة يقبل الإمام شهادته وإن لم يقبلها في سائر المواضع لعدم التهمة حيث يلزمه الصوم كما يلزم غيره، وكذلك الحرّ المديون المفلس إذا

من الأضرار، ومثله مقبول على الغير. لمحمد في المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل، ولهذا لا يصح منه الإقرار بالغصب فيبقى مال المولى، ولا قطع على العبد في سرقة مال المولى. يؤيده أن المال أصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونه، وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت، وإذا بطل فيما هو الأصل بطل في التبع، بخلاف المأذون لأن إقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعاً. ولأبي يوسف أنه أقرّ بشيئين: بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه، وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه. والقطع يستحق بدونه؛ كما إذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وإن كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد. ولأبي حنيفة أن الإقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء، والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفي القطع بعد استهلاكه،

لو قال المسروق منه أريد القطع دون المال لا تسمع خصومته فإنما يصح في حق القطع تبعاً للمال، وقد انتفى المال بما قلنا فانتفى القطع (**ولأبي يوسف أنه أقر بشيئين**) أي أقر بما يوجب شيئين (**القطع وهو**) إقرار (**على نفسه**) فيقطع (**على ما ذكرنا**) مع زفر من وجه صحة إقراره بالحدود والقصاص (**والمال وهو**) إقرار (**على المولى**) وهو يكذبه (**فلا يصح في حق المولى والقطع يستحق بدون المال**) كما إذا أقرّ بسرقة مستهلكة فإنه يقطع ولا يلزمه المال (**وكما لو قال حر: هذا الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو، وزيد يقول هو ثوبي يقطع**) ولا ينزع الثوب من زيد إلى عمرو فيقطع والمال للمولى (**ولأبي حنيفة أن الإقرار في**) حق (**القطع قد صح منه لما بينا**) في الكلام مع زفر من أنه آدمي إلى آخره، ويلزمه صحته (**بالمال**) أنه لغير المولى لاستحالة أن يجب القطع شرعاً بمال مسروق للمولى. والحاصل أنه إذا صح الإقرار بالحد ثبت حكمه وهو القطع، وهو ملزوم بحكم الشرع بكون المال للمقرّ له إذ لا قطع بمال السيد وإلى هنا يتم الوجه.

أقرّ بالقتل العمد فإنه يقتص منه بالإجماع وإن كان فيه إبطال ديون الغرماء. وقوله: (**ولا قطع على العبد في سرقته**) أي في سرقة مال مولاه. وقوله: (**يؤيده أن المال أصل فيها**) إشارة إلى ما مهدنا من الأصل. وقوله: (**حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع**) مثل أن يقول أطلب منه المال دون القطع (**ويثبت المال دونه**) كما إذا شهد رجل وامرأتان أو أقرّ بالسرقة ثم رجع فإنه يضمن المال ولا يقطع (**وفي عكسه**) بأن قال أطلب القطع دون المال (**لا تسمع**) الخصومة (**ولا يثبت**) القطع دون المال. وقوله: (**فلا يصح في حقه فيه**) أي فلا يصح إقرار العبد في حق المولى في المال. وقوله: (**والقطع يستحق بدونه**) أي بدون المال لأن أحد الحكمين ينفصل عن الآخر؛ ألا ترى أنه قد يثبت المال دون القطع كما إذا شهد به رجل وامرأتان، وكذا يجوز أن يثبت القطع دون المال كما إذا أقرّ بسرقة مال مستهلك. قوله: (**لما بينا**) إشارة إلى قوله ونحن نقول يصح إقراره من حيث أنه آدمي. وقوله: (**فيصح بالمال بناء عليه**) أي لما صح إقراره بالقطع باعتبار أنه آدمي مكلف صح إقراره بالمال أنه لغير المولى بناء على صحة إقراره بالقطع لما مهدناه من أصله. وقوله: (**لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء**) يريد أن الإقرار بالشيء إظهار أمر قد كان فلا بد من وجود المخبر به سابقاً على الإخبار. وقوله: (**حتى تسقط**) بالرفع لأن حتى بمعنى الفاء. قوله: (**باعتباره**) أي باعتبار القطع لما يجيء من أصلنا أن القطع لا يجتمع مع الضمان، ثم سقوط العصمة والتقوّم في حق السارق يدل على أن المال تابع، لأنه لو كان أصلاً لما تغير حاله من التقوم إلى غيره لأن مقصوديته إنما تكون بالتقوم، وكذلك استيفاء القطع بعد استهلاك المال يدل على ذلك، إذ لا وجود للتابع مع عدم وجود الأصل. وقوله: (**بخلاف مسئلة الحرّ**) جواب عما استشهد به أبو يوسف بقوله إذا قال الحرّ الثوب الذي في يد زيد الخ. وبيانه أن الحر لما لم يسمع قوله سرقته من عمرو في حق الرد إلى عمر ولا يلزمه عدم القطع، بل يقطع لأنه يجعل المقرّ له

قال المصنف: (**حتى تسقط عصمة المال باعتباره الخ**) أقول: معارض بما إذا أقر ثم رجع يثبت المال دون القطع، وجوابه لا يخفى إذ لا بقاء إذا رجع قال المصنف: (**وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده**) أقول: لو أطلق عن قوله في يده لكان أشمل. قال صاحب البدائع والعلامة الكاكي: ولو باع السارق المسروق من إنسان أو ملكه منه بوجه من الوجوه، فإن كان قائماً فلصاحبه أن يأخذه لأنه عين ملكه، وللمأخوذ منه أن يرجع على السارق بالثمن الذي دفعه لأن الرجوع بالثمن لا يوجب ضماناً على السارق في عين المسروق لإنه يرجع عليه بثمن المسروق لا بقيمته اهـ.

بخلاف مسألة الحرّ لأن القطع إنما يجب بالسرقة من المودع، أما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع. قال: (وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها) لبقائها على ملكه (وإن كانت مستهلكة لم يضمن) وهذا الإطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك، وهو رواية أبي يوسف عن أبي

وقوله: (لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفي القطع بعد استهلاكه) زيادة لا تظهر الحاجة إليها، وقوله: (بخلاف مسئلة الحرّ) يريد إلزام أبي يوسف بما إذا قال الحرّ الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو ويقطع به ولا يدفع لعمرو، فكذا جاز أن يقطع بما أقرّ به من مال الأجنبي ولا يدفع إليه فقال فرق بينهما فإن القطع في المسئلة المذكورة محمول على صحة إقراره به لعمرو وأنه وديعة عند زيد أو غصب وادعاء زيد أن الثوب له جاز كونه إنكار للوديعة غير أن المقرّ ليس خصماً له في ذلك، والقطع بسرقة ثوب مودع أو مغصوب ثابت، بخلاف ما نحن فيه، فإنا لو اعتبرنا الثوب وديعة للمولى أو مغصوباً عند المقرّ له لم يخرج عن كونه سرقة مال المولى وبه لا يقطع قوله: (وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه، وإن كانت مستهلكة لم يضمن، وهذا الإطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك) لأنه لما لم يضمن بالاستهلاك وله فيه جناية ثانية فلأن لا يضمن بالهلاك ولا جناية أخرى له فيه أولى (وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور) وبه قال سفيان الثوري وعطاء والشعبي ومكحول وابن شبرمة وابن سيرين (وروى الحسن عنه أنه يضمن في الاستهلاك. وقال الشافعي: يضمن فيهما) أي في الهلاك والاستهلاك، وهو قول أحمد والحسن والنخعي والليث والبتي وإسحاق وحماد. وقال مالك: إن كان السارق موسراً ضمن، وإن كان معسراً لا ضمان عليه نظراً للجانبين، ولا خلاف إن كان باقياً أنه يرد على المالك وكذا لو باعه أو وهبه يؤخذ من المشتري والموهوب له وهذا كله بعد القطع. ولو قال المالك قبله أنا أضمنه لم يقطع عندنا، فإنه يتضمن رجوعه من دعوى السرقة إلى دعوى المال. وجه قولهم عموم قوله تعالى ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة ١٩٤] و «على اليد ما أخذت حتى ترد»[1] ولأنه أتلف مالا مملوكاً عدواناً فيضمنه قياساً على الغصب، والمانع إنما هو منافاة بين حقي القطع والضمان، ولا منافاة لأنهما حقان بسببين مختلفين:

وهو عمرو بمنزلة المودع فلا يوجب رد المال إليه لما مرّ أن السارق إذا سرق المال من المودع يقطع بخصومته وإن لم يرد إليه، وأما ها هنا فلو لم يرد المال إلى المسروق منه لزم أن يكون ذلك المال مال المولى، فحينئذ لا يجب القطع لأن العبد إذا سرق مال المولى لا تقطع يده. ثم اتفق أبو حنيفة وأبو يوسف على قطع يد العبد، فقد جعلاه سارقاً مال غير المولى فيردّ إلى الذي أقر بالسرقة منه. قوله: (ولو صدقه المولى) قدمناه في أول البحث. قال: (وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده) كلامه واضح. وقوله: (كاستهلاك صيد مملوك في الحرم) يعني من حيث أنه تجب قيمته للمالك وقيمة أخرى جزاء ارتكاب المحظور لله تعالى. وقوله: (أو شرب الخمر للذمي) يعني على أصلكم، فإن ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عنده وإن كان للذمي (ولنا ما روى عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله ﷺ «لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه») لا يقال: هذا الحديث يدل على أن العين إذا كانت قائمة لا تردّ إلى صاحبها لأن ذلك لا يسمى غرماً. وقوله: (وما يؤدي إلى انتفائه) إنما كان ما يؤدي إلى انتفائه هو المنتفي

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٥٦١ والترمذي ١٢٦٦ وابن ماجه ٢٤٠٠ والحاكم ٢/ ٤٧ والبيهقي ٦/ ٩٠ وأحمد ٥/ ٨. ١٢. ١٣ كلهم من طريق الحسن عن سمرة وزادوا إلا ابن ماجه: ثم إن الحسن نسي فقال: هو أمينك لا ضمان عليه. رووه في باب رد العارية.

وقال الترمذي: حسن صحيح.

وقال الحاكم: صحيح على شرط البخاري. وسكت الذهبي وقد أعله ابن حجر في التلخيص ٣/ ٥٣ بقوله: والحسن مختلف في سماعه من سمرة اهـ. وللحفاظ في سماعه مذاهب.

قال الصنعاني في سبل السلام: مذهب البخاري والمديني والترمذي أنه سمع منه مطلقاً، ومذهب القطان وابن معين وابن حبان عدم سماعه مطلقاً.

وقال النسائي وغيره: سمع منه فقط حديث العقيقة اهـ ورجح عبد الحق هذا الأخير لأن الحسن صرح في حديث العقيقة وحده بالتحديث.

الخلاصة: الحسن مدلس وقد عنعنه واختلفوا في سماعه من سمرة والراوي عنه قتادة أيضاً مدلس، وقد عنعنه، فالحديث حسن إن شاء الله أما صحيح. فلا، وأما كونه ضعيفاً، فهو بعيد أيضاً، وقد صححه غير واحد.

حنيفة وهو المشهور. وروى الحسن عنه أنه يضمن بالاستهلاك. وقال الشافعي: يضمن فيهما لأنهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهى عنه، والضمان حق العبد وسببه أخذ المال فصار

أحدهما حق الله وهو النهي عن هذه الجناية الخاصة، والآخر حق الضرر فيقطع حقاً لله ويضمن حقاً للعبد (وصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم) يجب الجزاء حقاً لله تعالى ويضمنه حقاً للعبد (وكشرب خمر الذمي) على قولكم فإنكم تحدونه حقاً لله وتغرمونه قيمتها حقاً للذمي فهذا إلزامي فإنهم لا يضمنونه الخمر باستهلاكها (ولنا قوله ﷺ) فيما روى النسائي عن حسان بن عبد الله عن المفضل بن فضالة عن يونس بن زيد قال: سمعت سعد بن إبراهيم يحدث عن أخيه المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد»[(١)] ولفظ الدراقطني (لا غرم على السارق بعد قطع يمينه) وضعف بأن المسور بن إبراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف وهو جده، فإنه مسور بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف، وسعد بن إبراهيم مجهول، وفيه انقطاع آخر، فإن إسحاق بن الفرات رواه عن المفضل فأدخل بين يونس بن يزيد وسعد بن إبراهيم الزهري، وقال ابن المنذر: سعد بن إبراهيم هذا مجهول، وقيل إنه الزهري قاضي المدينة وهو أحد الثقات الأثبات. وعندنا الإرسال غير قادح بعد ثقة الراوي وأمانته، وذلك الساقط إن كان قد ظهر أنه الزهري فقد عرف وبطل القدح به. وما قال ابن قدامة: إنه يحمل على غرم السارق أجرة القاطع مدفوع برواية البزار: «لا يضمن السارق سرقته بعد إقامة الحد»[(٢)] ولم يزد على قول المسور بن إبراهيم لم يلق عبد الرحمن (ولأن وجوب الضمان ينافي القطع لأنه يتملكه بعد أداء الضمان مستنداً إلى وقت الأخذ فيتبين أنه أخذ ملكه) ولا قطع في ملكه لكن القطع ثابت قطعاً (فما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتفى) والمؤدي إليه الضمان فينتفي الضمان (ولأن المسروق لا يبقى مع القطع معصوماً حقاً للعبد، إذ لو بقي كان مباحاً في نفسه) وإنما حرم لمصلحة العبد فكان حراماً من وجه دون وجه فكان شبهة في السرقة، إذ الشبهة ليست إلا كون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فيندرىء الحد، لكن الحد وهو القطع ثابت إجماعاً (فكان محرماً حقاً للشرع) فقط (كالميتة ولا ضمان فيما هو خالص حق الله) ولا يقال جاز كون الشيء محرماً لغيره ونفسه كالزنا في نهار رمضان فلا يلزم أن يكون مباحاً في

لكونه ثابتاً بالإجماع. وقوله: (إذ لو بقي) يعني معصوماً حقاً للعبد (لكان مباحاً في نفسه) لأنه عرف بالاستقراء أن ما هو حرام حق العبد فهو مباح في نفسه وكان المال للسارق حراماً من وجه دون وجه (فينتفي القطع للشبهة) إذ الشبهة هو أن تكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فحينئذ يدرأ بالحديث، فإذا لم يبق معصوماً حقاً للعبد يصير محرماً (حقاً للشرع كالميتة ولا ضمان فيه) وهذا معنى ما ذكر في المبسوط إذا صارت المالية لله تعالى في هذا المحل لم يبق للعبد فالتحق في حق العبد بما لا قيمة له، ولكن هذا لا يتقرر إلا باستيفاء القطع لا ما يجب لله تعالى، فتمامه بالاستيفاء، فكان حكم الأخذ مراعى إن استوفى به القطع يتبين به أن حرمة المحل في ذلك الفعل كانت لله تعالى فلا يجب ضمان العبد، وإن تعذر استيفاؤه تبين أن حرمة المالية والتقوّم كان للعبد فيجب الضمان. وقوله: (إلا أن العصمة) جواب سؤال تقديره العصمة لما انتقلت لله تعالى وصار المال المسروق كالميتة والخمر وجب أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك. وقد روى الحسن عن أبي حنيفة وجوب الضمان فيه، وتقرير الجواب أن سقوط العصمة إنما كان ضرورة تحقق القطع، وما ثبت بالضرورة يقتصر على محلها فلا يتعدى إلى فعل آخر هو الاستهلاك لأنه لا ضرورة في حقه

قوله: (لأنه عرف بالاستقراء الخ) أقول: منقوض بخمر الذمي.

---

(١) ضعيف. أخرجه النسائي ٨/ ٩٢ ـ ٩٣ والدارقطني ٣/ ١٨٢ ـ ١٨٣ والبيهقي ٨/ ٢٧٧ كلهم من حديث المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف به.

قال النسائي: وهذا مرسل، وليس بثابت. وساقه الدارقطني من وجه عدة، وبألفاظ متقاربة لكن مداره على المسور بن إبراهيم لذا قال: المسور لم يدرك ابن عوف. والراوي عن المسور سعد بن إبراهيم مجهول، وإن صحح إسناده كان مرسلاً.

وجاء في نصب الراية ٣/ ٣٧٥ ـ ٣٧٦ ما ملخصه: ورواه البزار والطبراني في الأوسط وقالا: المسور لم يسمع ابن عوف وزاد الطبراني: وهو غير متصل. وكذا أعله ابن القطان بالانقطاع، وقال ابن المنذر سعد بن إبراهيم مجهول اهـ.

(٢) تقدم في الذي قبله، وإسناده كالذي قبله فيه انقطاع.

كاستهلاك صيد مملوك في الحرام أو شرب خمر مملوكة لذمي. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه» ولأن وجوب الضمان ينافي القطع لأنه يتملكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الأخذ، فتبين أنه ورد على ملكه فينتفي القطع للشبهة وما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتفى، ولأن المحل لا يبقى معصوماً حقاً للعبد، إذ لو بقي لكان مباحاً في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرماً حقاً للشرع كالميتة ولا ضمان فيه إلا أن العصمة لا يظهر

نفسه. لأنا نقول: ما فرض فيه الكلام وهو المال المسروق لا يكون قط محرماً إلا لغيره. ووقت استخلاصه الحرمة لنفسه تعالى قبيل فعل السرقة القبلة التي علم تعالى أنها تتصل بها السرقة، وإنما يتبين لنا ذلك بتحقق القطع، فإذا قطع علمنا أنه استخلص الحرمة حقاً له تعالى في ذلك المال، كما نعلم أن الأب ملكه الله تعالى جارية ابنه من غير تمليك من الابن له بظهور دعواه ولدها لأنا علمنا أنه شرع ثبوت النسب منه بدعواه فعلمنا حكمه تعالى بنقل الملك فيها إليه قبل الوطء القبلية التي علم تعالى اتصال الوطء بها، وكذا في أعتق عبدك عني بألف فهو من الاستدلال بمعاينة المشروط على سبق الشرط. فإن قلت: فما وجه رواية الحسن في الضمان بالاستهلاك مع فرض أن العصمة انتقلت إلى الله تعالى وصار المسروق كحرمة الميتة فينبغي أن لا يفترق الحال؟ فأجاب المصنف عنه بقوله: **(إلا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لأنه فعل آخر غير السرقة، ولا ضرورة في حق فعل آخر)** إنما الضرورة في نفي شبهة الإباحة عن فعل السرقة ضرورة وجوب القطع **(وكذا الشبهة)** أي شبهة الإباحة إنما **(تعتبر فيما هو السبب)** وهو السرقة **(دون غيره)** وهو الاستهلاك **(ووجه المشهور أن الاستهلاك)** وإن كان فعلاً آخر إلا أنه **(إتمام المقصود)** بالسرقة وهو الانتفاع بالمسروق فكان معدوداً منها **(فتعتبر الشبهة فيه)** كما اعتبرت في السرقة **(وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان)** في فصل الاستهلاك **(لانتفاء المماثلة)** بين المال المسروق والضمان، لأن المسروق معصوم حقاً للعبد في حالة الاستهلاك فقط، والضمان مال معصوم حقاً له في حالتي الهلاك والاستهلاك، فإذا انتفت المماثلة انتفى الضمان، لأن ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص، بخلاف شرب خمر الذمي لأنه أتلف مالاً متقوّماً لغيره فيضمنه، وفيه جناية على عقله، وجعل الله تعالى فيه الحد فيحد بذلك فكانا حرمتين، ومثله صيد الحرم المملوك. وفي المبسوط: روى هشام عن محمد أنه إنما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمماثلة، فأما ديانة فيفتى بالضمان للحوق الخسران والنقصان للمالك من جهة السارق. وفي الإيضاح. قال أبو حنيفة: لا يحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه، لأن الثوب على ملك المسروق منه، وكذا لو خاطه قميصاً لا يحل له الانتفاع به لأنه ملكه بوجه محظور وقد تعذر إيجاب

لأنه ليس القطع ولا من لوازمه **(وكذا الشبهة)** وهو كونه حراماً لغيره **(تعتبر فيما هو السبب)** وهو السرقة لأن اعتبار الشبهة إنما يكون بجعل السبب في الموجب للحد غير موجب احتيالاً للدرء والاستهلاك ليس بسبب فلا تعتبر فيه الشبهة **(ووجه المشهور)** وهو عدم وجوب الضمان في الاستهلاك كما في الهلاك **(أن الاستهلاك إتمام المقصود)** بالسبب وهو السرقة لأنه إنما سرق ليصرفه إلى بعض حوائجه فكان تتمة للسبب لا أنه فعل آخر **(فتعتبر الشبهة فيه)** لإسقاط الضمان كاعتبارها في نفس السبب. وقوله: **(وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لأنه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة)** قال في النهاية: أي لأن سقوط العصمة في فصل الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في فصل الهلاك. وأقول: معناه سقوط العصمة في الاستهلاك لازم من لوازم سقوطها في الهلاك والملزوم ثابت فاللازم كذلك، وبيان الملازمة أنه لو لم يكن كذلك كانت العصمة باقية في الاستهلاك موجبة وذلك غير صحيح، لأن الضمان يستوجب المماثلة بين المضمون والمضمون به بالنص، وهي منتفية لأن المضمون به مال معصوم في الهلاك والاستهلاك، حتى لو غصبه أحد ضمنه هلك عنده أو استهلك، والمضمون وهو المسروق معصوم في الاستهلاك على ذلك التقدير دون الهلاك، ولا مماثلة بين المعصوم في الحالتين والمعصوم في حالة واحدة. ومن

قال المصنف: **(إلا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك)** أقول: وأنت خبير بأن الحديث والتعليل الأول لا يفرق بين الهلاك والاستهلاك قوله: **(وجب أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك)** أقول: يجب الضمان باستهلاك خمر الذمي كما سبق آنفاً قوله: **(لأن الضمان إلى قوله: بالنص. أقول: يعني قوله تعالى ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ قوله: (ومن الشارحين من قال)** أقول: أراد الإتقاني.

سقوطها في حق الاستهلاك لأنه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه، وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره. ووجه المشهور أن الاستهلاك إتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه، وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لأنه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة. قال: **(ومن سرق سرقات فقطع في إحداها فهو لجميعها، ولا يضمن شيئاً عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يضمن كلها إلا التي قطع لها)** ومعنى المسألة إذا حضروا جميعاً وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئاً بالاتفاق في السرقات كلها. لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب، ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت أموالهم معصومة. وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقاً لله تعالى لأن مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضي، فإذا استوفى فالمستوفي كل الواجب؛ ألا يرى أنه يرجع نفعه إلى الكل فيقع عن الكل، وعلى هذا الخلاف إذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم في البعض، والله تعالى أعلم.

القضاء به فلا يحل له الانتفاع، كمن دخل دار الحرب بأمان وأخذ شيئاً من أموالهم لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانة، وكالباغي إذا أتلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان، وتعذر إيجاب الضمان بعارض ظهر أثره في حق الحكم، وأما ديانة فيعتبر قضية السبب قوله: **(ومن سرق سرقات فقطع في إحداها)** بخصومة صاحبها وحده **(فهو)** أي ذلك القطع **(لجميعها ولا يضمن شيئاً)** لأرباب تلك السرقات **(عند أبي حنيفة وقالا: يضمن كلها إلا)** السرقة **(التي قطع فيها، فإن حضروا جميعاً وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيئاً)** من السرقات **(بالاتفاق. لهما أن الحاضر ليس نائباً عن الغائب، ولا بد من الخصومة فلم لتظهر السرقة)** ولا خصومة من الغائب فلم تظهر الخصومة منهم يظهر القطع بسرقاتهم **(فبقيت أموالهم معصومة. وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقاً لله تعالى لأن مبنى الحدود على التداخل. والخصومة شرط للظهور عند الحاكم)** فإن كان الحكم الشرعي الثابت في نفس الأمر هو التداخل ومعناه وقوع الحد الواحد عن كل الأسباب السابقة وقد وجد لزم وقوعه عنها وهو ملزوم لسقوط ضمانها كلها في نفس الأمر علم القاضي بها أو لم يعلم، ولا أثر لعدم علمه بها في نفي الحكم الثابت شرعاً عند القطع وهو وقوعه عن كل الأسباب وهو يستلزم سقوط ضمانها فكان سقوط الضمان ثابتاً وهو المطلوب.

الشارحين من قال لأنه أي لأن سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة: يعني أنه يلزم من سقوط العصمة سقوط الضمان، وهذا لأن ضمان العدوان مبنى على المماثلة بقوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ ولا مماثلة بين المسروق وضمانه فينتفي الضمان لأن المسروق ساقط العصمة حرام لعينه حقاً للشرع غير منتفع به كالدم والميتة. والذي يؤخذ من السارق مال معصوم منتفع به ليس بحرام لعينه فلا يجب الضمان لانتفاء المعادلة. وكلام المصنف لا يساعده فتأمل. قال: **(ومن سرق سرقات فقطع في إحداها فهو بجميعها)** كلامه واضح وقوله: **(لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب)** تقريره الحاضر ليس بنائب عن الغائب، ومن ليس بنائب عن الغائب ليس له الخصومة في حق الغائب، ولا بد من الخصومة لأنها شرط ظهور السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها، وإذا لم يقع القطع لها بقيت أموالهم معصومة والمال المعصوم مضمون لا محالة **(وله أن الواجب بالكل)** أي بكل السرقات **(قطع واحد)** لأنه يجب **(حقاً لله)** وكل ما كان كذلك يتداخل وقد وجد ذلك **(والخصومة شرط الظهور عند الحاكم)** وقد وجد ذلك أيضاً بالنسبة إلى الجميع لأن الشرط يراعى وجوده لا وجوده قصداً **(فإذا استوفى)** يعني ذلك القطع الواحد **(فالمستوفي كل الواجب؛ ألا ترى أن نفعه)** وهو الانزجار يرجع إلى الكل. فإن قيل: الحكم الثابت ضمناً لا يربو على الثابت صريحاً، والقطع يضمن البراءة عن ضمان المسروق، ولو أبرأه الواحد عن ضمان الكل نصاً لم يبرأ فكيف يبرأ إذا ثبت ضمناً؟ أجيب كم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً كبيع الشرب ووقف المنقول، ثم ها هنا لما وقع القطع في حق الكل بالإجماع تبعه ما هو الثابت في ضمنه وهو سقوط الضمان. واعلم أن وقوع القطع بجميع السرقات بالإجماع، فقد علمت أن القطع لا يجتمع مع الضمان. فالقول بالضمان في واحدة منها بعد ذلك جمع القطع والضمان فذلك تناقض. وقوله: **(وعلى هذا الخلاف إذا كان النصب كلها لواحد)** يعني لو سرق النصب من شخص واحد مراراً فخاصم في البعض فقطع لأجل ذلك فعند أبي حنيفة لا يضمن النصب الباقية، وعندهما يضمن، والله أعلم.

باب ما يحدث السارق في السرقة

(ومن سرق ثوباً فشقه في الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع) وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لأن له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فإنه يوجب القيمة وتملك المضمون وصار كالمشتري إذا سرق مبيعاً فيه خيار للبائع. **(ولهما أن الأخذ وضع سبباً للضمان لا للملك، وإنما الملك يثبت ضرورة أداء الضمان كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد، ومثله لا يورث)** الشبهة كنفس الأخذ، وكما إذا سرق البائع معيباً باعه، بخلاف ما ذكر لأن البيع موضوع

باب ما يحدث السارق في السرقة

قوله: **(ومن سرق ثوباً فشقه في الدار)** قبل أن يخرجه من الحرز **(نصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة)** بعد الشق **(قطع. وعن أبي يوسف أنه لا يقطع)** وإن كان لا يساوي عشرة بعده لم يقطع بالاتفاق، وإن شقه بعد الإخراج قطع بالاتفاق وهو ظاهر. واختلفت العبارات في إفادة قول أبي يوسف في بعضها ما يفيد أنه رواية عنه وأن الظاهر من قوله كقولهما وهي كلام الهداية وفخر الإسلام البزدوي والصدر الشهيد والعتابي حيث قالوا وعن أبي يوسف، وكذا قول الإسبيجابي ذكر الطحاوي قول أبي يوسف مع محمد وقول محمد مع أبي حنيفة في الظاهر وشمس الأئمة البيهقي زاد فقال في كفايته: وعن أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة، وفي بعضها ما يفيد أنه الظاهر من قوله كقول صاحب الأسرار، وقال أبو يوسف: لا يقطع، وكذا قال الحاكم الشهيد في الكافي، وقال أبو يوسف: كل شيء يجب عليه قيمته إن شاء ذلك ربّ المتاع فلا قطع عليه. وجه قوله إن السرقة ما تمت إلا وقد انعقد للسارق فيها سبب الملك إذ بالخرق الفاحش يثبت للمالك ولاية تضمين السارق قيمة الثوب وتركه له وإن كره ذلك، وما انعقد للسارق فيه سبب الملك لا يقطع به. كما لو سرق المشتري المبيع الذي فيه خيار البائع ثم أسقط البائع الخيار فإنه لا يقطع لذلك، وهو أن السرقة تمت على عين غير مملوك ولكن فيه سبب الملك للسارق **(ولهما أن الأخذ وقع سبباً للضمان)** ولا يخفى أن المناسب أن يقول إن الشق وقع سبباً للضمان **(لا للملك)** وثبوت ولاية الغير أن يملك ليس سبباً للملك، بل السبب إنما يثبت عند اختيار التضمين، وإنما تكون تلك الولاية موجبة للسببية إذا كان التصرف موضوعاً

باب ما يحدث السارق في السرقة

لما ذكر أحكام السرقة وكيفية القطع ذكر هذا الباب مايسقط به القطع بسبب إحداث الصنعة للشبهة والشبهة أبداً تتلو الثابت ذكراً **(ومن سرق ثوباً فشقه في الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوي)** بعد الشق **(عشرة دراهم قطع)** قيد بقيدين: أن يكون الشق في الدار، وأن يساوي عشرة دراهم بعد الشق في الدار، لأنه إذا أخرجه غير مشقوق وهو يساوي عشرة دراهم ثم شقه ونقصت قيمته بالشق من العشرة فإنه يقطع قولاً واحداً، ولأنه إذا شق في الدار ونقصت قيمته عن العشرة ثم أخرجه لم يقطع لأن السرقة قد تمت على النصاب الكامل في الأول دون الثاني **(وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لأن له في شبهة الملك وهو الخرق الفاحش فإنه يوجب القيمة وتملك المضمون ولهذا قلنا بعد الشق بالخيار، إن شاء ملكه الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك لأنه لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكره من السارق)** وصار كالمشتري إذا سرق مبيعاً فيه خيار للبائع ثم فسخ البائع البيع فإنه لا يقطع هناك فكذلك ها هنا، والجامع بينهما أن السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق لكن ورد عليه سبب الملك **(ولهما أن الأخذ)** أي هذا الأخذ الذي فيه خرق فاحش، واللام للعهد بدليل قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الأخذ. وتقريره أنا لا نسلم أن له فيه سبب الملك لأن الأخذ المعهود ليس بموضوع له، وإنما هو موضوع سبباً للضمان فكان له سبب الضمان لا سبب الملك **(وإنما الملك يثبت له ضرورة**

باب ما يحدث السارق في السرقة

قوله: **(وأورد على هذا الجواب الخ)** أقول: المورد هو الكاكي في معراج الدراية، لكن تقرير الجواب الذي هو مورد هذا الإيراد ليس على هذا النمط فيه قوله: **(ومن هذا ذهب بعضهم الخ)** أقول: أراد الخبازي، قال الكاكي: وفي الخبازية وفي الصحيح أن لا يضمن النقصان كي لا يجتمع القطع مع الضمان.

لإفادة الملك، وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب، فإن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لأنه ملكه مستنداً إلى وقت الأخذ فصار كما إذا ملكه بالهبة فأورث شبهة، وهذا كله إذا كان النقصان

للتمليك كالبيع فيما قست عليه لا فيما وضع سبباً للضمان. فالفرق بين صورة الشق وصورة البيع كون نفس التصرف وضع للتمليك، بخلاف الشق. ولما كان الكلام ليس في الأخذ بل في الشق تكلف في تقريزه بأن قيل الأخذ سبب للضمان لأنه عدوان محض لا للملك فكان كالشق عدواناً فكما لا تعتبر في الأخذ شبهة الملك دارئة للقطع بل يقطع إجماعاً كذلك الشق، وإنما يصير الشق سبباً للضمان إذا اختار المالك التضمين (فيثبت ضرورة أداء الضمان) أو القضاء به (ومثله لا يورث شبهة) وإلا لثبت مثلها (في نفس الأخذ) لأنه أيضاً يحتمل أن يصير سبباً للملك بأداء الضمان كالشق فصار (نظير ما إذا سرق البائع معيباً باعه) ولم يعلم المشتري العيب فإنه يقطع وإن انعقد سبب الرد بالعيب الذي يثبت الملك للبائع قوله: (وهذا الخلاف الخ) الحاصل أن هذا الخلاف الكائن في القطع هو فيما إذا كان النقصان فاحشاً واختار المالك تضمين النقصان وأخذ الثوب يقطع مع ذلك عندهما. وعند أبي يوسف لا يقطع (ولو اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لأنه ملكه مستنداً إلى وقت الأخذ فصار كما لو ملكه) إياه (بالهبة) بعد القضاء لا يقطع على ما تقدم (ولو كان يسيراً يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك وليس للمالك تضمين كل القيمة) فانتفى وجه أبي يوسف في عدم القطع في اليسير. واعلم أن الخرق يكون يسيراً ويكون فاحشاً، وتارة يكون إتلافاً واستهلاكاً، وفيه يجب ضمان كل القيمة بلا خيار لأنه استهلاك، وعلى هذا لا يقطع لأنه ما تمت السرقة إلا بما ملكه بالضمان، وقد حدّه التمرتاشي بأن ينقص أكثر من نصف القيمة. وأما الخرق الفاحش فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعداً فاحش وإلا فيسير، ولا بد أن يكون المعنى فصاعداً ما لم ينته إلى ما به يصير إتلافاً. والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة، واليسير ما يفوت به شيء من المنفعة ذكره التمرتاشي. وأورد في الكافي على القطع مع إيجاب ضمان النقصان في الخرق اليسير أن فيه جمعاً بين القطع والضمان. وأجاب فقال: إنما لا يجتمعان كي لا يؤدي إلى الجمع بين جزاء الفعل وبدل المحل في جناية واحدة وهنا لا يؤدي إليه، إذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة في شيء. واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية، فإنه فعل غير السرقة مع أنه لا يجب به الضمان لأن عصمة المسروق تسقط بالقطع، فكذا هنا عصمة المسروق تسقط بالقطع فينبغي أن لا يجب ضمان النقصان، وعن هذا قال في الفوائد الخبازية: وفي الصحيح لا يضمن النقصان كي لا يجتمع القطع مع الضمان، ولأنه لو ضمن النقصان يملك ما ضمنه فيكون هذا كثوب مشترك بينهما فلا يجب القطع لكنه يجب بالإجماع فلا يضمن

أداء الضمان كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله) أي ومثل هذا الأخذ الذي هو سبب الضمان (لا يورث الشبهة) لأنه ليس بموضوع للملك (كنفس الأخذ) فإنه يحتمل أن يصير سبباً بعد الضمان ومع هذا فلم تعتبر شبهة (وكما إذا سرق البائع معيباً باعه ولم يعلم المشتري بالعيب فإنه يقطع وإن انعقد سبب الرد وهو العيب، وكذلك ها هنا يقطع وإن انعقد سبب الضمان وهو الشق (بخلاف ما ذكر) أي أبو يوسف وهو قوله كالمشتري إذا سرق مبيعاً فيه الخيار للبائع لأن سبب الملك موجود فيه (إذ البيع موضوع (لإفادة الملك، وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب) لا يقال: الأصل عندكم أن القطع والضمان لا يجتمعان، فإذا اختار تضمين النقصان كيف يتمكن من القطع لأن ضمان النقصان وجب بجناية أخرى قبل الإخراج وهي ما فات من العين والقطع بإخراج الباقي كما لو أخذ ثوبين، فأحرق أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب. وأورد على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فإنه فعل غير السرقة مع أنه لا يجب الضمان. وعن هذا ذهب بعضهم إلى أنه إن اختار القطع لا يضمن النقصان. والجواب أن القطع للباقي بعد الحرق وليس فيه ضمان، بخلاف المستهلك فإن القطع كان لأجله لا لشيء آخر (فإن اختار تضمين قيمة الثوب كلها وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لأنه ملكه مستنداً إلى وقت الأخذ فصار كما إذا ملكه بالهبة) فإنه إذا وهب له بعد تمام السرقة القطع فلأن لا يجب إذا ملكه قبل تمام السرقة أولى (وهذا كله) أي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات (إذا كان النقصان فاحشاً) وهو الذي يفوت به بعض العين وبعض المنفعة (فإن كان يسيراً) وهو ما يفوت به بعض المنفعة في الصحيح على ما سيجيء تمام الكلام في تفسير الفاحش واليسير في كتاب الغصب (يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك

فاحشاً، فإن كان يسيراً يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة **(وإن سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع)** لأن السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه **(ومن سرق ذهباً أو فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه وترك الدراهم والدنانير إلى المسروق منه، وهذا عند أبي حنيفة وقالا: لا سبيل للمسروق منه عليهما)** وأصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافاً له، ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لأنه لم يملكه، وقيل على

النقصان والحق ما ذكر في عامة الكتب الأمهات أنه يقطع ويضمن النقصان، والنقص بالاستهلاك غير وارد لأن الاستهلاك هناك بعد السرقة بأن سرق واستهلك المسروق، وما نحن فيه ما إذا نقص قبل تمام السرقة فإن وجوب قيمة ما نقص ثابت قبل السرقة، ثم إذا أخرجه من الحرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حينئذ بذلك المسروق الناقص ولم نضمنه إياه؛ ألا يرى إلى قول الإمام قاضيخان: فإن كان الحرق يسيراً يقطع ويضمن النقصان، أما القطع فلأنه أخرج نصاباً كاملاً من الحرز على وجه السرقة، وأما ضمان النقصان فلوجود سببه وهو التعييب الذي وقع قبل الإخراج الذي به تتم السرقة، ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع، لأن ضمان النقصان وجب بإتلاف ما فات قبل الإخراج والقطع بإخراج الباقي فلا يمنع، كما لو أخذ ثوبين وأحرق أحدهما في الـ[illegible] وأخرج الآخر وقيمته نصاب. وأما قول الباحث يملك ما ضمنه فيكون كثوب مشترك إلى آخره فغلط لأن عنده السرقة وهو اخراج ما كان له ملك في المخرج، فإن الجزء الذي ملكه بالضمان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها، وحين وردت السرقة وردت على ما ليس فيه ذلك المملوك له قوله: **(وإن سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع)** ولو ساوت نصاباً بعد الذبح **(لأن السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه)** على ما مرّ لكنه يضمن قيمتها للمسروق منه قوله: **(ومن سرق ذهباً أو فضة يجب فيه القطع)** بأن كانت نصاباً **(فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه عند أبي حنيفة)** وهو قول الأئمة الثلاثة **(ويرد الدراهم والدنانير على المسروق منه، وقالا: يقطع ولا سبيل للمسروق منه عليهما)** والخلاف مبني على خلاف آخر في الغصب وهو ما إذا غصب نقرة فضة فضربها دراهم لا ينقطع حق المغصوب منه عنده خلافاً لهما، وكذا لو كانت دراهم فضربها حلياً فكذا هنا لا ينقطع بالصك حق المسروق منه في السرقة بناء على أنها لم تتبدل فيقطع فالقطع عنده لا يشكل على هذا، أما عندهما فقد قيل لا يقطع لأنه ملك المسروق بما حدث من الصنعة قبل استيفاء القطع، لكن يجب عليه مثل ما أخذ وزناً من الذهب والفضة، وقيل يقطع ولا شيء على السارق لأنه لم يملك عين المسروق لأنه بالصنعة صار شيئاً آخر فقد استهلك المسروق ثم قطع فلا شيء عليه. وجه قولهما أن هذه الصنعة مبدلة للعين كالصنعة في الحديد والصفر بأن غصب حديداً أو صفراً فجعله سيفاً أو آنية. وكذا الاسم كان تبراً ذهباً فضة فصار دراهم أو دنانير. وله أن هذه الصنعة في الذهب والفضة ولو تقومت وبدلت الاسم لم تعتبر موجودة شرعاً بدليل أنه لم يتغير بها حكم الربا حتى لا يجوز بيع آنية وزنها عشرة فضة بأحد عشر فضة وقلبه فكانت العين كما كانت حكماً فيقطع وتؤخذ للمالك، على أن الاسم باق

إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة) قوله: **(وإن سرق شاة فذبحها)** ظاهر. وقوله: **(ومن سرق ذهباً أو فضة يجب فيه القطع)** أي يساوي عشرة دراهم **(فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه)** وهو ظاهر قوله: **(وأصله في الغصب)** يريد أن ما يقطع حق المغصوب منه عن المغصوب من الصنعة يقطع حق المسروق منه ومن المسروق، وهذه الصنعة تقطعه **(عندهما خلافاً له)** لهما أن هذه الصنعة تبدل العين اسماً وحكماً ومقصوداً، وكل ما كان كذلك ينقطع به حق المالك، كما إذا كان المغصوب صفراً فضربه قمقمة أو حديداً فجعله ذراعاً فإنه ينقطع به حق المالك. وله أن عين المسروق باق والصنعة الحادثة والاسم الحادث ليسا بلازمين، فإن إعادتها إلى الحالة الأولى ممكنة، والصنعة ها هنا غير متقومة حتى لو كسر إبريق فضة لم يكن للمالك أخذه وتضمين الصنعة والعين المسروقة متقومة، وإذا كان كذلك كان اعتبار الباقي المتقوم أولى من الزائل الغير المتقوم قوله: **(فلم يملك عينه)** أي عين المسروق. وفي بعض النسخ عينهما أي عين الذهب والفضة، وإنما ملك شيئاً غيرهما فإن الأعيان تتبدل الصفات أصله حديث

قوله: **(لهما أن هذه الصنعة تبدل العين اسماً وحكماً الخ)** أقول: أما تبدله حكماً فلأن التبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات بخلاف المضروب.

قولهما لا يجب لأنه ملكه قبل القطع، وقيل يجب لأنه صار بالصنعة شيئاً آخر فلم يملك عينه **(فإن سرق ثوباً فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يؤخذ منه الثوب ويعطي ما زاد الصبغ فيه)** اعتباراً بالغصب، والجامع بينهما كون الثوب أصلاً قائماً وكون الصبغ تابعاً. ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى، حتى لو أراد أخذه مصبوغاً يضمن ما زاد الصبغ فيه، وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى؛ ألا ترى أنه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق، بخلاف الغصب، لأن حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا **(وإن صبغه أسود أخذ منه في المذهبين)** يعني عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف رحمه الله هذا والأول سواء لأن السواد زيادة عنده كالحمرة، وعند محمد زيادة أيضاً كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك، وعند أبي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك.

وهو اسم الذهب والفضة وإنما حدث اسم آخر مع ذلك الاسم قوله: **(ومن سرق ثوباً فصبغه أحمر)** يقطع به بإجماع العلماء ثم لا يؤخذ منه الثوب عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يضمنه وقال محمد: **(يؤخذ منه الثوب)** وهو قول الأئمة الثلاثة **(ويعطي قدر ما زاد الصبغ في الثوب اعتباراً بالغصب)** فإن غاصب الثوب إذا صبغه أحمر لا ينقطع به حق المالك في الاسترداد اتفاقاً، فكذا في السرقة **(والجامع كون الثوب أصلاً والصبغ تابعاً. ولهما أن الصبغ قائم صورة)** وهو ظاهر. وقوله: **(ومعنى)** أي من حيث القيمة **(حتى لو أراد)** المسروق منه **(أن يأخذ الثوب يضمن له)** قيمة **(الصبغ وحق المالك قائم صورة لا معنى)** فإنه لو هلك أو استهلك عند السارق لا يضمن فكان حق السارق أحق بالترجيح كالموهوب له إذا فعله ينقطع حق الواهب في الرجوع بذلك **(بخلاف الغصب، لأن حق كل)** من المغصوب منه والغاصب الذي صبغه **(قائم صورة ومعنى)** لانتفاء ما يخل بالمعنى في حق الغاصب وهو القطع **(فاستويا فرجحنا المالك بما ذكرنا)** من أن الصبغ تابع قوله: **(وإن صبغه)** أي السارق **(أسود)** ثم قطع أو قطع فصبغه أسود **(يؤخذ منه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا والأول سواء)** فلا يؤخذ منه **(لأن السواد زيادة كالحمرة)** وهي مانعة من الاسترداد من السارق **(وعند محمد هو زيادة)** لكن الزيادة غير نافعة كما قال في الحمرة **(وعند أبي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك)** في الاسترداد. قالوا: وهذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان، فإن الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمنه ويلبسونه في زمنهما. وفي شرح الطحاوي: لو سرق سويقاً فلته بسمن أو عسل فهو مثل الاختلاف في الصبغ: أي الأحمر ليس للمالك على السارق سبيل في السويق، وعند محمد يأخذه ويعطي ما زاد السمن والعسل.

بريرة. وقوله: **(فإن سرق ثوباً فصبغه أحمر)** قال صاحب النهاية: صورة المسئلة سرق ثوباً فقطع فيه ثم صبغه أحمر الخ، فإن لفظ رواية الجامع الصغير. محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في السارق يسرق الثوب فتقطع يده وقد صبغ، الثوب أحمر قال: ليس لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق. وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله ثم صبغه لأن الواو للحال وهي لا تدل على التعقيب، ولكن قول المصنف **(ألا ترى أنه غير مضمون إلى آخره)** إنما يستقيم إذا كانت صورة المسئلة ما قال، وتحرير المذهبين واعتبار محمد واضح. وقوله: **(ولهما)** أي لأبي حنيفة وأبي يوسف **(أن الصبغ قائم صورة ومعنى)** أما صورة فظاهر فإن الحمرة فيه محسوسة، وأما معنى فلأن المسروق منه لو أخذ الثوب مصبوغاً ضمن الصبغ **وحق المالك في الثوب قائم صورة)** لتمكنه من الاسترداد **(لا معنى)** لأنه غير مضمون على السارق بالهلاك أو الاستهلاك، فكان جانب السارق مرجحاً كالموهوب له إذا صبغ فإن حق الواهب ينقطع عنه **(بخلاف)** مسئلة **(الغصب)** يعني التي اعتبر بها صورة النزاع **(لأن حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه)** يعني الوجود **(فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا من كون الثوب أصلاً قائماً وكون الصبغ تابعاً)** وإن صبغه أسود أخذ منه الثوب عند أبي حنيفة ومحمد، ولا يؤخذ عند أبي يوسف لأن السواد زيادة عنده كالحمرة، وأما عند أبي حنيفة فإن السواد عنده نقصان فلم يكن حق السارق قائماً فيه معنى **(فلا يوجب انقطاع حق المالك)** وأما عند محمد فإن السواد وإن كان عنده أيضاً كالحمرة لكن لا يقطع حق المالك، والله أعلم.

باب قطع الطريق

قال: (وإذا خرج جماعة ممتنعين أو واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فأخذوا قبل أن يأخذوا مالاً ويقتلوا نفساً حبسهم الإمام حتى يحدثوا توبة، وإن أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعداً أو ما تبلغ قيمته ذلك قطع الإمام أيديهم وأرجلهم من خلاف، وإن قتلوا ولم يأخذوا مالاً

باب قطع الطريق

أخره عن السرقة وأحكامها لأنه ليس بسرقة مطلقة ولذا لا يتبادر هو أو ما يدخل هو فيه من إطلاق لفظ السرقة بل إنما يتبادر الأخذ خفية عن الناس، ولكن أطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجاز الضرب من الإخفاء وهو الإخفاء عن الإمام ومن نصبه الإمام لحفظ الطريق من الكشاف وأرباب الإدراك فكان السرقة فيه مجازاً ولذا لا تطلق السرقة عليه إلا مقيدة فيقال السرقة الكبرى، ولو قيل: السرقة فقط لم يفهم أصلاً ولزوم التقييد من علامات المجاز قوله: (وإذا خرج جماعة ممتنعين) بقوتهم عمن يقصد مقاتلتهم (أو واحد له منعة) بقوته ونجدته: يعني شوكته (يقصدون قطع الطريق) أي أخذ المارة فأحوالهم بالنسبة إلى الجزاء الشرعي أربعة، وبالنسبة إلى ما هو أعم منه خمسة. أما بالنسبة إلى الجزاء فإما أن يؤخذوا قبل أن يأخذوا مالاً ويقتلوا نفساً بل لم يوجد منهم سوى مجرد إخافة الطريق إلى أن أخذوا فحكمهم أن يعزروا ويحبسوا إلى أن تظهر توبتهم في الحبس أو يموتوا. وأما إن أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد عشرة دراهم فصاعداً أو ما يبلغ قيمته ذلك فيقطع الإمام يد كل منهم اليمنى ورجله اليسرى. وأما إن قتلوا مسلماً أو ذمياً ولم يأخذوا مالاً فيقتلهم الإمام حداً، ومعنى حداً أنه لو عفا أولياء المقتولين لا يقبل عفوهم لأن الحد خالص حق الله تعالى لا يسمع فيه عفو غيره، فمتى عفا عنهم عصى الله تعالى. والرابعة أن يأخذوا المال ويقتلوا، وستأتي إن شاء الله تعالى. وفي فتاوى قاضيخان: وإن قتل ولم يأخذ المال يقتل قصاصاً، وهذا يخالف ما ذكرنا، إلا أن يكون معناه إذا أمكنه أخذ المال فلم يأخذ شيئاً ومال إلى القتل، فإنا سنذكر في نظيرها أنه يقتل قصاصاً خلافاً لعيسى بن أبان. وفيها أيضاً إن خرج على القافلة في الطريق وأخاف الناس ولم يأخذ المال ولم يقتل يعزر ويخلى سبيله، وهو خلاف المعروف من أنه يحبس امتثالاً للنفي المذكور في الآية. وأما بالنسبة إلى ما هو أعم فالأربعة المذكورة. والخامسة أن يؤخذوا بعد ما أحدثوا توبة وتأتي أيضاً في الكتاب، والتقييد بمسلم أو ذمي في صدر المسئلة ليخرج المستأمن، فلو قطعوا الطريق على مستأمن لم يلزمهم شيء مما ذكرنا إلا التعزير والحبس باعتبار إخافة الطريق وإخفاء ذمة المسلمين لأن ماله غير معصوم على التأبيد، وباقي الشروط من كون ذلك في برية لا في مصر ولا قرية ولا

باب قطع الطريق

اعلم أن قطع الطريق يسمى سرقة كبرى، أما تسميتها سرقة فلأن قاطع الطريق يأخذ المال سراً ممن إليه حفظ الطريق وهو الإمام الأعظم، كما أن السارق يأخذ المال سراً ممن إليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك أو من يقوم مقامه، وأما تسميتها كبرى فلأن ضرر قطع الطريق على أصحاب الأموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق، وضرر السرقة الصغرى يخص الملاّك بأخذ مالهم وهتك حرزهم ولهذا غلظ الحدّ في حق قطاع الطريق، وإنما أخره عن السرقة الصغرى لأنها أكثر وجوداً منه. قوله: (وإذا خرج جماعة) قيل ذكر لفظ الجماعة ليتناول المسلم والذمي والحربي والحرّ والعبد، وأراد بالامتناع أن يكون قاطع الطريق بحيث يُمكن له أن يدافع تعرّض الغير عن نفسه بقوته وشجاعته، وكلامه واضح. وقوله: (قتلهم حدّاً) أي لا يسقط القتل بعفو الأولياء ويسمى قطاع الطريق محاربين لأن المال في البراري محفوظ بحفظ الله تعالى، فإذا أخذوه على سبيل المغالبة كان

باب قطع الطريق

قتلهم الإمام حداً) والأصل فيه قوله تعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله﴾ الآية، والمراد منه والله أعلم التوزيع على الأحوال وهي أربعة: هذه الثلاثة المذكورة، والرابعة نذكرها إن شاء الله تعالى ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها. أما الحبس في الأولى فلأنه المراد بالنفي المذكور لأنه نفي عن وجه الأرض بدفع شرهم عن أهلها، ويعزرون أيضاً لمباشرتهم منكر الإخافة. وشرط القدرة على الامتناع لأن المحاربة لا تتحقق إلا بالمنعة. والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه. وشرط أن يكون المأخوذ مال مسلم أو ذمي لتكون العصمة مؤبدة، ولهذا

بين قريتين وغير ذلك مما يقدمه الشارحون يأتي ذلك كله في الكتاب مفصلاً **(والأصل فيه)** أي في توزيع الأجزية كما ذكرنا على الجنايات المذكورة قوله تعالى: **﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا﴾** [المائدة ٣٣] الآية؛ سمي قاطع الطريق محارب الله لأن المسافر معتمد على الله تعالى، فالذي يزيل أمنه محارب لمن اعتمد عليه في تحصيل الأمن، وأما محاربته لرسوله فإما باعتبار عصيان أمره وإما باعتبار أن الرسول هو الحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوّابه، فإذا قطع الطريق التي تولى حفظها بنفسه ونائبه فقد حاربه أو هو على حذف مضاف أي يحاربون عباد الله، وهو أحسن من تقدير أولياء الله لأن هذا الحكم يثبت بالقطع على الكافر الذمي **(والمراد من الآية التوزيع)** أي توزيع الأجزية المذكورة على أنواع قطع الطريق، وبه قال الشافعي والليث وإسحق وقتادة وأصحاب أحمد. وقال عطاء وسعيد بن المسيب ومجاهد والحسن والضحاك والنخعي وأبو ثور وداود: الإمام مخير فيه على ما هو ظاهر النص مطلقاً. وقال مالك: إذا رأى الإمام القاطع جلد إذا رأى قتله، وإن كان جلداً لا رأي له قطعة. ولنا ما روى محمد عن أبي يوسف عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «وادع رسول الله ﷺ أبا بردة هلال بن عويمر الأسلمي، فجاء أناس يريدون الإسلام فقطع عليهم أصحاب أبي بردة الطريق، فنزل جبريل عليه السلام على رسول الله ﷺ بالحدّ أن من قتل وأخذ المال صلب، ومن قتل ولم يأخذ قتل، ومن أخذ مالاً ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف. ومن جاء مسلماً هدم الإسلام ما كان منه في الشرك»[(١)] وفي رواية عطية عن ابن عباس: «ومن أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال نفي»[(٢)] . وبالنظر إلى المعنى وهو أن من المقطوع به أن

في صورة المحارب قوله: **(والمراد والله تعالى أعلم التوزيع على الأحوال)** فيه إشارة إلى نفي مذهب مالك أن الإمام مخير بين هذه الأشياء نظراً إلى ظاهر كلمة أو. وقوله: **(وهي أربعة هذه الثلاثة المذكورة)** يعني قوله فأخذوا قبل أن يأخذوا مالاً ويقتلوا نفساً، وقوله وإن أخذوا مال مسلم أو ذمي، وقوله وإن قتلوا ولم يأخذوا مالاً. والرابعة ما يذكر بعيد هذا من القتل وأخذ المال. وقوله: **(ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال)** أي على حسب الأحوال الواقعة في قطع الطريق **(فاللائق تغلظ الحكم)** أي الجزاء **(بتغلظ الجناية)** بتفاوت الأحوال لا التخيير لأنه يستلزم مقابلة الجناية الغليظة بجزاء خفيف أو بالعكس، وهو خلاف مقتضى الحكمة، والكلام في هذا البحث قد قررناه في التقرير مستوفى قوله: **(فلأنه المراد بالنفي المذكور)** يعني عندنا، فإن الشافعي يقول: المراد به الطلب ليهربوا من كل موضع، وما قلناه أولى لأن العقوبة بالحبس مشروعة والأخذ بما يوجد له نظير في الشرع

---

(١) باطل مرفوعاً. رواه محمد كما ذكر ابن الهمام، والظاهر أنه في الآثار من طريق الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس مرفوعاً به.
وهذا إسناد مركب حيث اعترف الكلبي بقوله: كل ما حدثت به عن أبي صالح عن ابن عباس، فهو كذب. راجع ترجمته في الميزان.
وقد وقع لصاحب منار السبيل من الحنابلة قوله: رواه أبو داود فقال الألباني في الإرواء ٢٤٤٤: لم أجده في أبي داود ولا في الدر للسيوطي و لا في غيره اهـ.

(٢) موقوف ضعيف. أخرجه البيهقي ٨/ ٢٨٣ وابن جرير ٦/ ١٣٦ كلاهما عن عطية عن ابن عباس بأتم منه.
وعطية ضعيف، وهو العوفي، وفي الإسناد إليه مجاهيل. لكن أخرجه البيهقي ٨/ ٢٨٣ من طريق الشافعي عن ابن عباس وفيه صالح بن نبهان مولى التوأمة واهٍ، وكذا إبراهيم بن أبي يحيى شيخ الشافعي واهٍ بل اتهمه بعضهم. لكن قال البيهقي: وروي هذا عن سعيد بن جبير والنخعي وقتادة. اهـ.
قلت: وهؤلاء أئمة يستأنس بأقوالهم، وإن كان الأثر ضعيفاً.

لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع. وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كي لا يستباح طرفه إلا بتناوله ماله خطر، والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كي لا يؤدي إلى تفويت جنس المنفعة. والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه (**ويقتلون حداً، حتى لو عفا الأولياء عنهم لا يلتفت إلى عفوهم**) لأنه حق الشرع. (و) الرابعة (**إذا قتلوا**

ما ذكر من القتل والصلب والقطع والنفي كلها أجزية على جناية القطع، ومن المقطوع به أن هذه الجناية تتفاوت خفة وغلظاً والعمل بالإطلاق المحض للآية يقتضي أن يجوز أن يرتب على أغلظها أخف الأجزية المذكورة وعلى أخفها أغلظ الأجزية، وهذا مما يدفعه قواعد الشرع والعقل فوجب القول بتوزيع الأغلظ للأغلظ والأخف للأخف، ولأن في هذا التوزيع موافقة لأصل الشرع حيث يجب القتل بالقتل والقطع بالأخذ إلا أن هذا الأخذ لما كان أغلظ من أخذ السرقة حيث كان مجاهرة ومكابرة مع إشهار السلاح جعل المرة منه كالمرتين، فقطع في الأخذ مرة اليد والرجل معاً من غير اشتراط كون النصاب فيه عشرين، لأن الغلظ في هذه الجناية من جهة الفعل لا متعلقه، ولموافقة قاعدة الشرع في قطعهم كون ما يصيب كل واحد منهم نصاباً كاملاً كي لا يستباح طرفه بأقل من النصاب فيخالف قاعدة الشرع، ولم يشرط مالك سوى أن يكون المأخوذ نصاباً فصاعداً أصاب كلاً نصاب أو لا، وكون المقطوع اليد اليمنى والرجل اليسرى بالإجماع كي لا يثوى نصفه، وكذا الأحكام السابقة من أنه لو كانت يسراه شلاء لا تقطع يمينه، وكذا رجله اليمنى لو كانت شلاء لا تقطع اليسرى، ولو كان مقطوع اليد اليمنى لا تقطع له يد، وكذا الرجل اليسرى، فإن قلت: ليس في الأجزية الموزعة الحبس. قلنا: هو المراد بالنفي، وذلك لأن ظاهره لا يعمل به وهو النفي من الأرض: أي من وجه الأرض لأنه يتحقق ما دام حياً، وإن حمل على بعضها وهي بلدته لا يحصل به المقصود وهو دفع أذاه عن الناس، لأنه إذا كان ذا منعة يقطع الطريق فيما يصير إليه من البلدة الأخرى فعملنا بمجازه وهو الحبس، فإنه قد يطلق عليه أنه خارج من الدنيا. قال صالح بن عبد القدوس فيما ذكره الشريف في الغرر:

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها ... فلسنا من الأحياء فيها ولا الموتى
إذا جاءنا السجان يوماً لحاجة ... عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

ولما رأى مالك رضي الله عنه أن مجرد النفي لا يفيد في المقصود قال: يحبس في بلدة النفي، ومعلوم أن المقصود لا يتفاوت بالحبس في بلدة النفي وغيرها فيقع تعيين بلدة النفي في غير الفائدة المطلوبة قوله: (**والرابعة**) أي من أنواع هذه الجناية (**ما إذا قتلوا وأخذوا المال فالإمام بالخيار إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وإن شاء قتلهم**) بلا صلب وقطع (**وإن شاء صلبهم**) أحياء ثم قتلهم، وهذا قول أبي حنيفة وزفر. وقال أبو يوسف رحمه الله: لا بد من الصلب للنص في الحد، ولا يجوز ترك الحد كالقتل، وبه قال الشافعي وأحمد. أجاب بأن أصل التشهير يحصل

أولى من الأخذ بما لا نظير له قوله: (**وشرط كمال النصاب في حق كل واحد الخ**) قال الحسن بن زياد: الشرط أن يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهماً فصاعداً، لأن التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق بأخذها عضواً واحداً وها هنا المستحق عضوان، ولا يقطع عضوان في السرقة إلا في عشرين درهماً. وقلنا: يغلظ الحد ها هنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ، ففي النصاب هذا الحدّ وحدّ السرقة سواء. وقوله: (**كي لا يؤدي إلى تفويت جنس المنفعة**) حتى إذا كانت يده اليسرى شلاء أو مقطوعة لم تقطع رجله اليسرى، وأما إذا كانت يده اليمنى مقطوعة فإنه تقطع رجله اليسرى.

قال المصنف: (**ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال**) أقول: عطف على التوهم كأنه قال: والمراد والله تعالى أعلم التوزيع على الأحوال لا التخيير، لأن الأجزية المذكورة في الآية الكريمة أربعة، والأحوال أيضاً أربعة، فالظاهر انقسام الأجزية عليها، ولأن الجنايات الخ قال المصنف: (**ويقتلون حداً**) أقول: وفي فتاوي قاضيخان أنهم يقتلون قصاصاً فبينهما مالا يخفى من المخالفة.

وأخذوا المال فالإمام بالخيار إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم، وإن شاء قتلهم، وإن شاء صلبهم. وقال محمد: يقتل أو يصلب ولا يقطع) لأنه جناية واحدة فلا توجب حدين، ولأن ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحدّ السرقة والرجم. ولهما أن هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الأمن على التناهي بالقتل وأخذ المال، ولهذا كان قطع اليد والرجل معاً في الكبرى حداً واحداً وإن كانا في الصغرى حدين، والتداخل في الحدود لا في حد واحد. ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنه لا يتركه لأنه منصوص عليه، والمقصود التشهير ليعتبر به غيره. ونحن نقول أصل التشهير بالقتل والمبالغة

بالقتل والمبالغة بالصلب، ولم ينقل أنه ﷺ صلب العرنيين(١) ولا غيره صلب أحداً، مع أن ظاهر النص لا يحتم الصلب، فإن قوله: ﴿أن يُقَتَّلُوا أو يُصَلَّبُوا﴾ [المائدة ٣٣] إنما يفيد أن يقتلوا بلا صلب أو يصلبوا بلا قتل، لكن قتل بعد الصلب مصلوباً بالإجماع. وقال محمد: لا يقطع ولكن يقتل أو يصلب. وفي عامة الروايات من المباسيط وشروح الجامع الصغير ذكر أبي يوسف مع محمد، وبه قال مالك إن كان القاطع ذا رأي، والشافعي وأحمد مع أبي يوسف في أنه من الصلب ومع محمد في أنه لا يقطع **(وجه قولهم إنه جناية واحدة)** هي جناية قطع الطريق **(فلا توجب حدين، ولأن ما دون النفس في باب الحد يدخل في النفس كحد السرقة والرجم)** إذا اجتمعا بأن سرق المحصن ثم زنى فإنه يرجم ولا يقطع اتفاقاً **(ولهما)** أي لأبي حنيفة وأبي يوسف وهذا على اعتبار أبي يوسف مع أبي حنيفة لا مع محمد **(أن هذه)** الجناية وإن كانت واحدة باعتبار أنه قطع الطريق فهذا المجموع من القطع والقتل أيضاً **(عقوبة واحدة إنما تغلظت لتغلظ سببها)** حيث بلغ النهاية في تفويت الأمن **(حيث فوّت الأمن على المال والنفس بالقتل وأخذ المال)** وكونها أموراً متعددة لا يستلزم تعدد الحدود في قطع الطريق؛ ألا يرى أن قطع اليد والرجل فيها حدّ واحد وهو في الصغرى حدان، ولأن مقتضى التوزيع الذي لزم اعتباره أن يتعين القطع ثم القتل لأن التوزيع أدى إلى أن من أخذ المال قطع وهذا قد أخذه فيقطع، وأن من قتل يقتل أو يصلب وهذا قتل فيجب أن يجمع له بين القطع والقتل، إلا أن ذلك كان فيما إذا فعل ذلك على الانفراد، فأما على الاجتماع فجاز أن يؤخذ حكمه من الانفراد فجاز ذلك للإمام، وما ذكر من دخول ما دون

وقوله: **(فالإمام بالخيار)** حاصلة أن الإمام بالخيار في جمع العقوبتين بين قطع الأيدي والأرجل مع القتل أو الصلب وبين القتل أو الصلب ابتداء من غير قطع الأيدي والأرجل، وكذلك للإمام الخيار عند اختيار ترك قطع الأيدي والأرجل بين القتل والصلب، وكان الخيار للإمام في موضعين، وهذا قول أبي حنيفة، وذكر في الكتاب قول أبي يوسف معه وقال محمد: **(يقتل أو يصلب ولا يقطع)** وذكر في عامة الروايات قول أبي يوسف معه **(لأنه)** أي قطع الطريق **(جناية واحدة فلا توجب حدين، ولأن ما دون النفس**

قال المصنف: (والرابعة إذا قتلوا وأخذوا المال فالإمام بالخيار) أقول: فيه أن هذا التخيير مناف لما ذكره آنفاً أن المراد التوزيع على الأحوال فليتأمل في التوفيق.

---

(١) خبر العرنيين خبر مشهور رواه البخاري ٦٨٠٢ و ٦٨٠٣ و ٤٦١٠ و ٥٧٢٧ و ٤١٩٢ ومسلم ١٦٧١ من وجوه وأبو داود ٤٣٦٦ و ٤٣٦٤ والترمذي ٧٣ في الطهارة والنسائي ٧/ ٩٤. ٩٣. ٩٦ و ١٥٨/١ . ١٦١ وابن حبان ٤٤٦٧ و ٤٤٦٨ و ٤٤٦٩ و ٤٤٧٠ و ٤٤٧١ و ٤٤٧٢ من طرق كثيرة كلهم من حديث أنس. رووه مطولاً ومختصراً بألفاظ متقاربة والقصة واحدة وأحد ألفاظه قال أنس: «إن نفراً من عُكلٍ ثمانية قدموا المدينة على رسول الله ﷺ، فبايعوه على الإسلام، فاستوخموا الأرض، وسَقِمَتْ أجسامهم، فقال لهم رسول الله ﷺ: ألا تخرجون مع راعينا في إبله، فتصيبون من ألبانها وأبوالها؟ فقالوا: بلى. فخرجوا، فشربوا من ألبانها، وأبوالها. فصحُّوا، فقتلوا الراعي، وطردوا النَّعم. ورواية: واستاقوا النعم. فبلغ ذلك رسول الله ﷺ، فبعث في آثارهم، فجلبهم، فأمر بهم رسول الله ﷺ، فقطع أيديهم وأرجلهم، وسمَّر أعينهم، ونبذهم في الشمس حتى ماتوا».

هذه إحدى روايات الحديث، وروي بأتم منه فهذا الحديث وأمثاله يعطي المسلم قوة، وجرأة وشدة في أمر الله، والانتقام من المخالفين المحاربين لله ورسوله كانوا منافقين أو كفرة، أو كانوا يدعون الإسلام، ولكن ليفسدوا الإسلام، وأهله.

وهذا حديث صحيح في غاية الصحة لا مغمز في إسناده البتة بل هو مشهور عند جميع الفقهاء والمسلمين

تنبيه: وتقدم تخريجه في كتاب الطهارة باب نجاسة البول.

بالصلب فيخير فيه. ثم قال: (ويصلب حياً ويبعج بطنه برمح إلى أن يموت) ومثله عن الكرخي. وعن الطحاوي أنه يقتل ثم يصلب توقياً عن المثلة. وجه الأول وهو الأصح أن الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع وهو المقصود به. قال: (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام) لأنه يتغير بعدها فيتأذى الناس به. وعن أبي يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره. قلنا: حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة. قال: (وإذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في

النفس في النفس هو ما إذا كانا حدين أحدهما غير النفس والآخر النفس، أما إذا كان ذلك حداً واحداً فلا بد من إقامته فهي أجزاء حدّ واحد غير أنه إن بدأ بالجزء الذي لا تتلف به النفس فعل الآخر، وإن بدأ بما تتلف به لا يفعل الآخر لانتفاء الفائدة وهو الضرب بعد الموت قوله: (ثم قال) أي القدوري فيما إذا اختار الإمام صلبه، أو ما إذا قلنا بلزومه على قول أبي يوسف أنه (يصلب حياً ويبعج بطنه إلى أن يموت، ومثله عن الكرخي، وجه قوله وهو الأصح أن الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع) ولأن المقصود الزجر وهو بما يحصل في الحياة لا بما بعد الموت، إلا أن يقال: النص دل على ذلك، فإنه قال أن يقتلوا أو يصلبوا فلزم كون الصلب بلا قتل لأنه معاند له بحرف العناد فلا يتصادق معه، والقتل الذي يعرض بعد الصلب ليس في اللفظ. وعن الطحاوي يقتل ثم يصلب توقياً عن المثلة، فإنها نسخت من لدن العرنيين على ما عرف[1] لا يقال: وجه الأول وهو الأصح لا يخفى أنه لا يكافىء وجه الطحاوي. لأنا نقول: الحاصل ليس غير صلب وقتل بطعن الرمح، والثاني هو المعتاد بينهم لأن عادتهم القتل به فليس مثلة عندهم كما هو في جدع الأذنين وقطع الأنف وسمل العينين، فإن كان هناك مثلة فالصلب ليس غير وهو مقطوع بشرعيته، فتكون هذه المثلة الخاصة مستثناة من المنسوخ قطعاً لا يحتمل الشك ثم يخلى بينه وبين أهله يدفنونه، وعلمت في كتاب الشهيد أنه لا يصلى على قاطع الطريق (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام لأنه يتغير بعدها فيتأذى به الناس. وعن أبي يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره. قلنا: حصل الاعتبار بما ذكرنا والنهاية غير لازمة) من النص وكونه أمر بالصلب لا يقتضي الدوام بل بمقدار متعارف لإيلاء الأعذار كما في مهلة المرتد وغيره كما في مدة الخيار قوله: (وإذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال أخذه) لما بينا في السرقة الصغرى من سقوط عصمته بالقطع قوله: (وإن باشر القتل أحدهم) أي واحد منهم والباقون وقوف لم يقتلوا معه ولم يعينوه (أجرى الحد على جميعهم) فيقتلوا ولو كانوا مائة بقتل واحد منهم واحداً (لأن القتل جزاء المحاربة) التي فيها قتل بالنص مع التوزيع (والمحاربة تتحقق بأن يكون البعض ردءاً للبعض حتى إذا انهزموا انحازوا إليهم) وقد تحققت المحاربة مع القتل فيشمل الجزاء الكل وهو قول مالك وأحمد

دخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم) فإن السارق إذا زنى وهو محصن فإنه يرجم لا غير لأن القتل يأتي على ذلك كله. قوله: (ولهما) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف وهو ظاهر الرواية (والتداخل في الحدود لا في حدّ واحد) ألا ترى أن الجلدات في الزنا لا تتداخل. فإن قيل: لو كان حداً واحداً لما جاز للإمام أن يدع القطع كما لم يجز له أن يترك بعض الجلدات. أجيب بأن ولاية ترك القطع ليس بطريق التداخل بل لأن مراعاة الترتيب ليست بواجبة عليه في أجزاء حدّ واحد وكان له أن يبدأ بالقتل لذلك، ثم إذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده كما إذا ضرب الزاني، خمسين جلدة فمات فإنه يترك ما بقي لأنه لا فائدة في إقامته والبعج الشق من حد منع. قوله: (وعن الكرخي مثله) أي مثل ما نقل عن أبي يوسف أنه قال: يصلب وهو حيّ ويطعن بالرمح حتى يموت. وقوله: (توقيا عن المثلة) لأنها منهي عنها «نهى رسول الله ﷺ عن المثلة ولو بالكلب العقور». وقوله: (بما ذكرنا) أي بالصلب ثلاثة أيام. قال: (وإذا قتل القاطع فلا ضمان عليه) إذا قتل قاطع الطريق فلا ضمان عليه في مال أخذه كما لو سرق فقطع يده وكلامه واضح، وقوله: (انحازوا إليهم) أي انضموا. وقوله: (وإن لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالاً وقد جرح) جعله

قوله: (أي مثل ما نقل عن أبي يوسف) أقول: فيه بحث، فإن المراد مثل ما قال القدوري.

---

(١) تقدم في الذي قبله والنسخ مراده فيه حديث النبي عن المثلة، وهو صحيح أيضاً لكن حديث النبي عن المثلة لم يرد في المحاربين لله ورسوله، أو الزنادقة فتنبه.

مال أخذه) اعتباراً بالسرقة الصغرى وقد بيناه (فإن باشر القتل أحدهم أجرى الحد عليهم بأجمعهم) لأنه جزاء المحاربة، وهي تتحقق بأن يكون البعض ردءاً للبعض حتى إذا زلت أقدامهم انحازوا إليهم، وإنما الشرط القتل من واحد منهم وقد

خلافاً للشافعي. قلنا إنه حكم تعلق بالمحاربة فيستوي فيه المباشرة والردء كالغنيمة، ولا فرق بين كون القتل بسيف أو عصا أو حجر في قتل الكل وإن لم يوجب أبو حنيفة القصاص بالمثقل، لأن هذا ليس بطريق القصاص فلا يستدعي المماثلة، ولهذا يقتل غير المباشر (وإن لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالاً وقد جرح) فما كان من جراحة يجري فيها القصاص (اقتص وما كان لا يجري فيه ذلك لزمه الأرش) ويعرف ما يقتص به وما لا يقتص في الجنايات إن شاء الله رب العالمين، وهذا (لأنه لا حدّ في هذه الجناية) من قطع أو قتل (فظهر حق العبد فيستوفيه الوليّ وإن أخذ مالاً ثم جرح قطعت يده ورجله) من خلاف (وبطلت الجراحات لأنه لما وجب الحد حقاً لله سقطت عصمة النفس) أي ما حل بها من تفريق اتصال الجسم بالجراحات (حقاً للعبد كما تسقط عصمة المال) ولذا تبطل الجراحات إذا قتل فقتل حداً لأن الحد والضمان لا يجتمعان قوله: (وإن أخذ بعد ما تاب) سقط الحد عنه بلا خلاف بالنص. قال تعالى ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم﴾ [المائدة ٣٤] فإن كان قد قتل (فإن شاء الأولياء قتلوه وإن شاءوا عفوا عنه) لأن هذا القتل قصاص فصح العفو عنه والصلح به، وحينئذ لا بد أن يكون قتل بحديد ونحوه لأن القصاص لا يجب إلا به، ونحوه عند أبي حنيفة، وكذا إذا كان أخذ مالاً ثم تاب فإن صاحبه إن شاء تركه وإن شاء ضمنه إن كان هالكاً ويأخذه إن كان قائماً لأنه لا يقطع بعد التوبة لسقوط الحد (فظهر حق العبد في ماله كما في النفس) وفي المبسوط والمحيط: رد المال من تمام توبتهم لتنقطع به خصومة صاحبه، ولو تاب ولم يرد المال لم يذكره في الكتاب. واختلفوا فيه فقيل لا يسقط الحد كسائر الحدود لا تسقط بالتوبة، وقيل يسقط أشار إليه محمد في الأصل لأن التوبة تسقط الحدّ في السرقة الكبرى بخصوصها للاستثناء في النص فلا يصح قياسها على باقي الحدود مع معارضة النص، وسائر الحدود لا تسقط بالتوبة عندنا، وبه قال مالك وأحمد في رواية والشافعي في قول، وعنهما تسقط لقوله تعالى ﴿واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما﴾ [النساء ١٦] ونحن نقطع بأن رجم ماعز والغامدية كان بعد توبتهما، والآية منسوخة، إنما كان ذلك في أول الأمر. وإذا عرف هذا فقول المصنف ولأن التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله شبه التناقض، لأنها إذا توقفت على رد المال فأخذ القاطع قبل الرد أخذ قبل التوبة، والأخذ قبل التوبة بعد أخذ المال فيه الحد بقطع اليد والرجل. أجيب بفرض المسئلة فيما إذا رد بعضه فإنه علامة توبته، فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد فيجب الضمان لو هلك الباقي أو استهلكه؛ ومثل ما لو أخذوا بعد التوبة في سقوط الحد والرجوع إلى القصاص وتصرف الأولياء فيه وفي المال ما لو أخذوا قبل التوبة وقد قتلوا، ولكن أخذوا من المال قليلاً لا يصيب كلا نصاب فإن الأمر في القتل والجرح إلى الأولياء إن شاءوا قتلوا قصاصاً وإن شاءوا عفواً. وقال عيسى يقتلهم الإمام حد لأنهم لو

الإمام التمرتاشي حالة خامسة من أحوال قطاع الطريق، والمصنف لم يذكره في الإجمال بل قال هي أربعة لأن مراد المصنف الأحوال التي يدل عليها الأجزية المذكورة في النص حداً وهي أربعة كما ذكره. قوله: (سقطت عصمة النفس حقاً للعبد كما تسقط عصمة المال) بناء على أن ما دون النفس يجري مجرى الأموال فكان سقوط العصمة في حق المال سقوط العصمة في حق الجرح لأن موجب الأرش هو المال، لأنه لو لم يسقط لصارت شبهة في وجوب القطع، إذ الجناية واحدة وهي قطع الطريق، فإذا ظهر حق العبد علم أن حق الله ليس بموجود فيه وقد ظهر حق الله حيث وجب القطع. وقوله: (فإن شاء الأولياء قتلوه) يعني قصاصاً. وقوله: (للاستثناء المذكور في النص) يريد به قوله تعالى ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم﴾ الآية. واعترض بأن قوله: ﴿إلا الذين تابوا﴾ ها هنا نظيره ﴿وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا﴾ قيل هو استثناء من قوله: ﴿ولهم في الآخرة عذاب عظيم﴾

قال المصنف: (وإنما الشرط القتل من واحد منهم) أقول: لعل فيه تسامحاً والمراد ظاهر: أي من واحد منهم لا أقل.

تحقق. قال: **(والقتل إن كان بعصا أو بحجر أو بسيف فهو سواء)** لأنه يقع قطعاً للطريق بقطع المارة **(وإن لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالاً وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص وأخذ الأرش منه فيما فيه الأرش وذلك إلى الأولياء)** لأنه لا حدّ في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي **(وإن أخذ مالاً ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات)** لأنه لما وجب الحد حقاً لله سقطت عصمة النفس حقاً للعبد كما تسقط عصمة المال **(وإن أخذ بعد ما تاب وقد قتل عمداً فإن شاء الأولياء قتلوه وإن شاءوا عفوا عنه)** لأن الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص، ولأن التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله، فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الوليّ القصاص أو يعفوا، ويجب الضمان إذا هلك في يده أو استهلكه **(وإن كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم**

قتلوا ولم يأخذوا شيئاً من المال قتلهم حداً لا قصاصاً، وهذا لأن ما دون النصاب كالعدم، ولأنه تتغلظ جنايتهم بأخذ شيء من المال فلا يسقط الحد. والأصح ما ذكر في الكتاب لأن وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود وهم يقصدون بالقطع أخذ المال وقتلهم ليس إلا ليصلوا إليه، فإذا تركوا أخذ المال عرفنا أن قصدهم القتل لا القطع، لأن القطع ليس إلا للمال فيقتص منهم إن شاء الوليّ وتجري فيه أحكام القصاص قوله: **(وإن كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين)** فتظهر أحكام القصاص وتضمين المال والجراحات. وفي المبسوط: تابوا وفيهم عبد قطع يدَ حرّ دفعه مولاه أو فداه كما لو فعله في غير قطع الطريق، وهذا لأنه قصاص بين العبيد الأحرار فيما دون النفس فيبقى حكم الدفع والفداء، فإن كانت فيهم امرأة فعلت ذلك فعليها دية اليد في مالها لأنه لا قصاص بين الرجال والنساء في الأطراف والواقع منها عمد لا تعقله العاقلة. قال المصنف: **(فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة، وزفر رحمهما الله، وعن أبي يوسف أنه لو باشر العقلاء)** الأخذ والقتل **(يحدّ الباقون)** وإن باشر ذلك الصبي والمجنون فلا حد على الباقين. وقيل كان الوجه أن يقول: وقال أبو يوسف بعد أن قال المذكور في الصبيّ والمجنون قول أبي حنيفة وزفر، أو يقول المذكور ظاهر الرواية عن أصحابنا. وعن أبي يوسف كما قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وغيره، ولم يذكر قول محمد واكتفى بقوله العقلاء عن البالغين فإن العقلاء مما يقال في مقابلة الصبيان والمجانين **(وعلى هذا السرقة الصغرى)** إن ولي المجنون أو الصبي إخراج المتاع سقط الحد عن الكل وإن ولي غيرهما قطعوا إلا الصبي والمجنون، وقالت الأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم: لا يسقط الحد عن غير الصبي

إذ كل منهما جملتان كاملتان عطفتا على جملتين كاملتين. وأجيب بأن قوله: **﴿وأولئك هم الفاسقون﴾** لا يصلح جزاء، وقد قررناه في التقرير، بخلاف قوله: **﴿ولهم في الآخرة عذاب عظيم﴾** واعترض أيضاً بأن التوبة متوقفة على أداء المال أوّلاً، فإن كان الثاني لا يستقيم التعليل بقوله ولأن التوبة تتوقف على رد المال، وإن كان الأول كان الوجه الثاني داخلاً في الوجه الأول فلا يكون علة مستقلة، إذ لا يصح أن يكون الشيء الواحد جزء علة وعلة مستقلة بالنسبة إلى حكم واحد. وأجيب بأن بعض المشايخ ذهبوا إلى أن الحد يسقط بنفس التوبة وهي الإقلاع في الحال والاجتناب في المآل والندم على ما مضى والعزم على أن لا يعود إليه أبداً، ولم يجعلوا التوبة بهذا المعنى موقوفة على رد المال. وذهب بعضهم إلى أن الحد لا يسقط ما لم يرد المال فجعلوا الرد من تمامها، فالمصنف جمع بين قولي المشايخ من هذا الطريق، ذكر الاختلاف الإمام المحقق فخر الإسلام في مبسوطه.
وقوله: **(ولا قطع في مثله)** أي في مثل ما إذا ردّ المال إلى المالك لأن الخصومة تنقطع برد المال إليه وهي شرط لوجوب القطع.
وقوله: **(فظهر حق العبد)** يعني لما انتفى حق الشرع وهو القطع بانتفاء شرطه وهو الخصومة برد المال **(ظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الوليّ القصاص أو يعفو)** وقوله: **(ويجب الضمان)** معطوف على قوله حتى يستوفى وليّ القصاص. واعترض

قوله: **(لأن موجب الأرش)** أقول الظاهر أن يقال موجب الجرح قوله: **(وإن كان الأول الخ)** أقول: لنا أن نختار الأول ونمنع قوله كون الوجه الثاني داخلاً الخ، فإن الداخل فيه هي المقدمة الأولى فقط، فإن تقدير الوجه الثاني أن التوبة تكون برد المال، وإذا رد المال فلا خصومة فلا قطع كما ذكره، على أن توقفها عليه في نفس الأمر أمر وملاحظته أمر آخر، ولا يستلزم الأول الثاني، وهذا كلام إجمالي والعاقل يكفيه الإشارة.

من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين) فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر. وعن أبي يوسف أنه لو باشر العقلاء يحدّ الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى. له أن المباشر أصل والرد تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع، وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم. ولهما أنه جناية واحدة قامت بالكل، فإذا لم يقع فعل

والمجنون وذي الرحم لأنها شبهة اختص بها واحد فلا يسقط الحد عن الباقين **(لأبي يوسف أن المباشر أصل والرده تابع، ففي مباشرة العاقل الخلل في التبع ولا عبرة به بعد أن لا خلل في الأصل)** فيحدّ الباقون **(وفي عكسه)** وهو أن يباشر الصبي والمجنون **(ينعكس المعنى)** وهو السقوط عن الأصل، فإن السقوط حينئذ في التبع فينعكس الحكم وهو حد الباقين فلا يحدون **(ولهما)** أي لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله **(أن قطع الطريق جناية واحدة)** لأن الموجود من الكل يسمى جناية قطع الطريق غير أنها لا تتحقق في الغالب إلا بجماعة فكان الصادر من الكثير جناية واحدة **(قامت بالكل، فإذا لم يقع فعل بعضهم موجباً)** للحد لشبهة أو عدم تكليف لا يوجب في حق الباقين، لأن **(فعل الباقين)** حينئذ **(بعض العلة و)** ببعض العلة **(لا يثبت الحكم وصار كالخاطىء مع العامد)** إذا اجتمعا في قتل معصوم الدم يسقط القصاص عن العامد **(وأما ذو الرحم المحرم فقيل تأويله)** أي تأويل سقوط الحد عن الكل **(أن يكون المال مشتركاً بين المقطوع عليهم)** وفي القطاع ذو رحم محرم من أحدهم. فلا يجب الحد على الباقين باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم وتصير شبهة في نصيب الباقين فلا يجب الحد عليهم لأن المأخوذ شيء واحد، فإذا امتنع في حق أحدهم بسبب القرابة يمتنع في حق الباقين، فأما إذا لم يكن المال مشتركاً، فإن لم يأخذ المال إلا من ذي الرحم المحرم فكذلك، وإن إخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المأخوذ من ذلك الغير **(والأصح أنه مجرى على الإطلاق)** وأنهم لا يحدون بكل حال لأن مال جميع القافلة في حق قطاع الطرق كشيء واحد لأنه محرز بحرز واحد وهو القافلة **(والجناية واحدة)** وهي قطع الطريق **(فالامتناع في حق البعض لا يوجب الامتناع في حق الباقين)** بخلاف السرقة من حرزين لأن كل واحد من الفعلين هناك منفصل عن الآخر حقيقة وحكماً، وإذا كان في المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع لا يحدون كذي الرحم المحرم قوله: **(بخلاف ما إذا كان فيهم)** أي في المقطوع عليهم وهو القافلة **(مستأمن)** جواب عن مقدر هو أن القطع على المستأمن وحده لا يوجب حد القطع كما على ذي الرحم المحرم، ثم عند اختلاط ذي الرحم القاطع مع غيره من القافلة صار شبهة في الحد. فكذا يجب عند اختلاط المستأمن كذلك وليس كذلك بل يقام الحد عليهم. أجاب بأن **(الامتناع في حق المستأمن إنما كان لخلل في عصمة نفسه وماله وهو أمر يخصه، أما هنا الامتناع لخلل في الحرز**

بأن وجود الضمان لسقوط الحد وسقوط الحد بالتوبة تتوقف على رد المال عند بعض المشايخ فكيف يتصور الهلاك أو الاستهلاك بعد الرد إلى المالك. وأجيب بأنا نفرض المسئلة فيما إذا تاب رد بعض المال بأن يرد مال بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض الآخر أو هلك في يده حيث تصح توبته ويجب الضمان. وأقول: هذا إنما يتم أن لو كانت التوبة متوقفة على رد المال في الجملة عند القائلين بذلك، فأما إذا كانت متوقفة على رد جميع الأموال فلا يتم، ويجوز أن يقال هذا الوضع إنما هو على قول البعض الآخر من المشايخ. وقوله: **(وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم)** يعني إذا باشر غير العقلاء صار الخلل في الأصل، وله الاعتبار فلا يجب الحد على الكل. وقوله: **(فصار كالخاطىء مع العامد)** يعني إذا رمى بسهم إلى إنسان عمداً ورماه آخر خطأ وأصابه السهمان معاً ومات منهما فلا يجب القصاص على العامد لأن الفعل واحد فيكون فعل الخاطىء شبهة في حق العامد. وقوله: **(فقد قيل تأويله)** ذهب أبو بكر الرازي إلى أن المسئلة محمولة على ما إذا كان المال مشتركاً بين المقطوع عليهم، وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من أحدهم فإنه لا يجب الحد على الباقين لأن المأخوذ شيء واحد، فإذا امتنع عن أحدهم بسبب

قوله: **(واعترض بأن وجوب الضمان الخ)** أقول: المعترض هو الكاكي والإتقاني قوله: **(وأجيب بأنا نفرض المسئلة الخ)** أقول: المجيب هو الكاكي والإتقاني قال المصنف: **(قول أبي حنيفة وزفر)** قول: أي قولهما قولاً واحداً فلا غبار في قوله وعن أبي يوسف قال المصنف: **(لو باشر العقلاء)** أقول: أطلق العقلاء ليدل على الكمال، فالمراد العقلاء البالغون.

بعضهم موجباً كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطىء مع العامد. وأما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله إذا كان المال مشتركاً بين المقطوع عليهم، والأصح أنه مطلق لأن الجناية واحدة على ما ذكرناه، فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين، بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن لأن الامتناع في حقه لخلل في العصمة

والقافلة حرز واحد) فيصير كأن القريب سرق مال القريب وغير القريب من بيت القريب **(وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء إن شاءوا عفوا وإن شاءوا اقتصوا)** ويجري الحال في المال على ما ذكر من قريب، ولو لم يقع القتل والأخذ إلا في المستأمنين لا حد عليهم، ولكن يضمنون أموال المستأمنين لثبوت عصمة أموالهم للحال وإن لم يكن معصوماً على التأبيد، والله تعالى أعلم قوله: **(وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لأن الحرز واحد)** وهو القافلة فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه في دار واحدة فلا يجب الحد، وإذا لم يجب الحد وجب القصاص في النفس إن قتل عمداً بجديدة أو بمثقل عندهما ورد المال إن أخذه وهو قائم وضمانه إن هلك أو استهلكه قوله: **(ومن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً في المصر أو بين الكوفة والحيرة)** وهي منزل النعمان بن المنذر قريب من الكوفة بحيث يتصل عمران إحداهما بالأخرى **(فليس بقاطع الطريق استحساناً)** وكذا بين القريتين، وحد بعضهم مكان القطع أن يكون في قرية بينها وبين المصر مسيرة سفر في ظاهر الرواية **(وفي القياس)** أن **(يكون قاطعاً وهو قول الشافعي) فإن في** وجيزهم: من أخذ في البلد مالاً مغالبة فهو قاطع طريق **(وعن أبي يوسف أنه)** إذا كان خارج المصر ولو بقرب منه يجب الحد لأنه لا يلحقه الغوث لأنه محارب بل مجاهرته هنا أغلظ من مجاهرته في المفازة، ولا تفصيل في النص في مكان القطع، وعن مالك كل من أخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستغاثة فهو محارب. وعنه لا محاربة إلا على قدر ثلاثة أميال من العمران. وتوقف أحمد مرة وأكثر أصحابه أن يكون بموضع لا يلحقه الغوث **(وعن أبي يوسف)** في رواية أخرى إن قصده بالسلاح نهاراً في المصر فهو قاطع، وإن كان بغيره من الخشب ونحوه فليس بقاطع، وفي الليل يكون قاطعاً بالخشب والحجر **(لأن السلاح لا يلبث)** فيتحقق القطع قبل الغوث **(والغوث يبطىء بالليالي)** فيتحقق بلا سلاح.

وفي شرح الطحاوي: الفتوى على قول أبي يوسف. قال المصنف: **(ونحن نقول: إن قطع الطريق بقطع المارة، ولا يتحقق ذلك في المصر وما يقرب منه لأن الظاهر لحوق الغوث)** وأنت تعلم أن الحد المذكور في الآية لم ينط بمسمى قطع الطريق، وإنما هو اسم بين الناس، وإنما أنيط بمحاربة عباد الله على ما ذكرنا من تقدير المضاف وذلك يتحقق في المصر وخارجه، ثم هذا الدليل المذكور لا يفيد تعيين مسيرة ثلاثة أيام بين المصر والقاطع. ولا شك في أن ليس لحوق الغوث في ذلك المقدار ظاراً وهو ما علل به للظاهر، وإذا قلنا إنهم ليسوا قطاعاً فسبيلهم أن يضربوا ويحبسوا، وإن قتلوا لزم القصاص وأحكامه، وإن أخذوا مالاً ضمنوه إذا أتلفوه، وعلى تقدير أنهم قطاع إن قتلوا قتلوا حداً فلا يقبل عفو الأولياء فيهم ثم لا يضمنون على ما سمعت. وقوله: **(لما بينا)** أي من قوله لظهور حق العبد عند اندفاع الحد قوله: **(ومن خنق رجلاً حتى قتله لزمته الدية على عاقلته عند أبي حنيفة وهي مسئلة القتل بالمثقل، وسنبينه إن شاء الله**

القرابة امتنع عن الباقين، وأما إذا كان لكل واحد منهم مال مفرد فالحد يجري عليهم لأن الأخذ من كل واحد منهم لا تعلق له بغيره، كما لو سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم من أحدهم مالاً ومن حرز أجنبي مالاً آخر، بخلاف ما إذا سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم ماله ومال غيره لأن الشبهة هناك في الحرز ولا معتبر بالحرز في قطع الطريق فكل واحد حافظ لماله **(والأصح أنه مطلق)** أي ليس بمقيد بكون المال مشتركاً **(لأن الجناية واحدة على ما ذكرناه)** لأبي حنيفة وزفر **(فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين)** بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز آخر لأن كل واحد من الفعلين ينفصل عن الآخر حقيقة وحكماً. وقوله: **(بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن)** جواب سؤال تقديره قطع الطريق على المستأمن لا يوجب الحد كالقطع على ذي الرحم

قوله: (ذي الرحم المحرم من أحدهم) أقول: أي ذي رحم من أحد السراق.

وهو يخصه، أما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد **(وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء)** لظهور حق العبد على ما ذكرناه **(فإن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا، وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد)** لأن الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة **(ومن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً في المصر أو بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق)** استحساناً. وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي لوجوده حقيقة. وعن أبي يوسف أنه يجب الحد إذا كان خارج المصر إن كان بقربه لأنه لا يلحقه الغوث. وعنه إن قاتلوا نهاراً بالسلاح أو ليلاً به أو بالخشب فهم قطاع

تعالى في الديات) وظاهر أنها ليست مسئلة المثقل، وإنما المعنى أنها مثلها في ثبوت الشبهة عنده في العمد حيث كانت الآلة فيها قصور يوجب التردد في أنه قصد قتله بهذا الفعل أو قصد المبالغة في إيلامه وإدخال الضرر على نفسه فاتفق موته وعدم احتماله لذلك **(فإن خنق غير مرة قتل)** الآن لأنه ظهر قصده إلى القتل بالتخنيق حيث عرف إفضاؤه إلى القتل ثم صار يعتمده **(ولأنه صار ساعياً في الأرض بالفساد)** وكل من كان كذلك **(يدفع شرّه بالقتل)**.

[فروع] نص في الأصل على أن العبد والمرأة في حكم قطع الطريق كغيرهما، أما العبد فظاهر، وأما المرأة فكغيرها في السرقة الكبرى في ظاهر الرواية، وهو اختيار الطحاوي لأن الواجب قطع وقتل وهي كالرجل في جريان كل منهما عليها عند تحقق السبب منها. وذكر الكرخي أن حدّ قطاع الطريق لا يجب على النساء، لأن السبب هو المحاربة، والمرأة بأصل الخلقة ليس محاربة كالصبي؛ ألا يرى أنها في استحقاق ما يستحق بالمحاربة وهو السهم من الغنيمة لا يسوّي بين الرجل والمرأة فكذا في العقوبة المستحقة بالمحاربة، ولكن يرد على هذا العبد فإنه لا يساوي الحر في استحقاق الغنيمة ويساويه في هذا الحد. وفي الصبيان والمجانين لعدم أهلية العقوبة وذلك لا يوجد في النساء. وذكر هشام في نوادره عن أبي يوسف: إذا قطع قوم الطريق ومعهم امرأة فباشرت المرأة القتل وأخذت المال دون الرجال فإنه يقام الحد عليهم لا عليها. وقال محمد: يقام عليها ولا يقام عليهم. وذكر ابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة: أنه يدرأ عنهم جميعاً لكون المرأة فيهم وجعل المرأة كالصبي. والعجب ممن يذكر هذه، أعني كون المرأة مع الرجال في القطع ثم يقتصر على ذكر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيها ويذكر حاصل هاتين الروايتين عنهما ويترك نقل ما في المبسوط من أنها كالرجال منسوباً إلى ظاهر الرواية مع مساعدة الوجه وورود النقض الصحيح على مختار الكرخي بالعبد كما ذكرنا. وممن نقل ذلك صاحب الدراية وصاحب الفتاوى الكبرى والمصنف في التجنيس وغيرهم مع ضعف الأوجه المذكورة في التفرقة مثل الفرق بضعف البنية في أصل الخلقة ومثل ذلك من الكلام الضعيف مع مصادمته إطلاق الكتاب في المحاربين ولا قوة إلا بالله. وما في النوازل من قوله عشر نسوة قطعن الطريق فقتلن وأخذن المال قتلن وضمن المال بناء على غير الظاهر من أنهن لسن محاربات. وعلله بأن المرأة إذا قاتلت العدو وأسرت لم تقتل وإنما قتلن بقتلهن والضمان لأخذهن المال، ويثبت قطع الطريق بالإقرار مرة واحدة، وأبو يوسف شرط مرتين كقوله في السرقة الصغرى ويقبل رجوع القاطع كما في السرقة الصغرى فيسقط الحد ويؤخذ بالمال إن كان أقرّ به معه وبالبينة بشهادة اثنين على معاينة القطع أو الإقرار، فلو شهد أحدهما بالمعاينة والآخر على إقرارهم به لا يقبل، ولا تقبل الشهادة بالقطع على أبي الشاهد وإن علا وابنه وإن سفل، ولو قالا قطعوا علينا وعلى أصحابنا وأخذوا مالنا لا يقبل

المحرم، ثم وجود هذا في القافلة يسقط الحد فينبغي أن يسقط وجود المستأمن فيهم أيضاً. وتقرير الجواب أن الامتناع في حق المستأمل **(لخلل في العصمة وَهُوَ)** أي الخلل **(يخص المستأمن)** فلا يصير شبهة لأن الشبهة في غير الحرز لا تؤثر في الذي لا شبهة فيه كما إذا سرق الخمر وعشرة دراهم، وأما وجود ذي الرحم المحرم من قطاع الطريق فيورث شبهة في الحرز لأن القافلة بمنزلة بيت واحد فكان هذا كقريب سرق مال القريب ومال الأجنبي من بيت القريب فإنه لا يقطع لشبهة تمكنت في الحرز. وقوله: (ومن

قال المصنف: (فصارت القافلة كدار واحدة) أقول: الأولى كبيت واحد لأنه قد يكون في الدار الواحدة مقاصير كما سبق.

الطريق لأن السلاح لا يلبث والغوث يبطىء بالليالي، ونحن نقول: **إن قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه** لأن الظاهر لحوق الغوث، **إلا أنهم يؤخذون برد المال أيضاً لا للحق إلى المستحق، ويؤدبون** ويحبسون لارتكابهم الجناية، ولو قتلوا فالأمر فيه إلى الأولياء لما بينا **(ومن خنق رجلاً حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة)** وهي مسألة القتل بالمثقل، وسنبين في باب الديات إن شاء الله تعالى **(وإن خنق في المصر غير مرة قتل به)** لأنه صار ساعياً في الأرض بالفساد فيدفع شره بالقتل، **والله تعالى أعلم.**

لأنهما شهدا لأنفسهما، ولو شهدوا أنهم قطعوا على رجل من عرض الناس وله ولي يعرف لا يقيم الحد عليهم إلا بمحضر من الخصم، ولو قطعوا في دار الحرب على تجار مستأمنين أو في دار الإسلام في موضع غلب عليه أهل البغي ثم أتى بهم إلى الإمام لا يمضي عليهم الحد لأنهم باشروا السبب حين لم يكونوا تحت يده، وفي موضع لا يجري به حكمه فلم ينعقد فعلهم موجباً عليه الإقامة عليهم فلا يفعله، ومثله نقدم في الزنا في دار الحرب، ولو رفعوا إلى قاض يرى تضمينهم المال فضمنهم وسلمهم إلى أولياء القود فصالحوهم على الديات ثم رفعوا بعد زمان إلى قاض آخر لم يقم عليهم الحد، إما لتقادم العهد وفيه نظر، أو لعدم الخصم وقد سقط خصومتهم بما وصل إليهم أو لقضاء الأول فيتم بذلك لنفاذه إذ هو في فصل مجتهد فيه من تقرر الضمان. وإذا قضى القاضي عليهم بالقتل وحبسهم لذلك فذهب أجنبي فقتلهم لا شيء عليه، وكذا لو قطع يده لأنه لما سقطت حرمة نفسه سقطت حرمة أطرافه، ولو قتله قبل الثبوت عليه ثم قامت البينة بقطعه للطريق اقتص منه لأنه قتل نفساً معصومة، ثم لا يقضي القاضي بحل دمه بهذه البينة بعد ما قتل لفوات المحل، فوجود هذه البينة كعدمها، إلا أن يكون القاتل ولي الذي قتله القاطع في قطع الطريق فلا يلزمه شيء لظهور أنه استوفى حق نفسه. ولو أن لصوصاً أخذوا متاع قوم فاستعانوا بقوم وخرجوا في طلبهم إن كان أرباب المتاع معهم حلّ قتالهم، وكذا إذا غابوا والخارجون يعرفون مكانهم ويقدرون على رد المتاع عليهم، وإن كانوا لا يعرفون مكانهم ولا يقدرون على الرد عليهم لا يجوز لهم أن يقاتلوهم لأن القتال للاسترداد للرد على أرباب الأموال ولا قدرة على الرد، ولو اقتتلوا مع قاطع فقتلوه لا شيء عليهم لأنهم قتلوه لأجل مالهم، فإن فر منهم إلى موضع أو تركوه لا يقدر على قطع الطريق عليهم فقتلوه كان عليهم الدية لأنهم قتلوه لا لأجل مالهم، وكذا لو فرّ رجل من القطاع فلحقوه وقد ألقى نفسه في مكان لا يقدر معه على قطع الطريق فقتلوه كان عليهم الدية لأن قتلهم إياه لا لأجل الخوف على الأموال، ويجوز للرجل أن يقاتل دون ماله وإن لم يبلغ نصاباً ويقتل من يقاتله عليه لإطلاق قوله ﷺ «من قُتل دون ماله فهو شهيد»[1].

قطع الطريق) ظاهر. وقوله: **(ولا يتحقق ذلك في المصر وبقرب منه)** قدر البعد بين المصرين وبين القطاع مسيرة سفر في ظاهر الرواية. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لظهور حق العبد. وقوله: **(ومن خنق رجلاً)** بالتخفيف من خنقه إذا عصر حلقه، والخناق فاعله ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال بالسكون، كذا عن الفارابي.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٤٨٠ وأبو داود ٤٧٧١ والنسائي ٧/ ١١٤ . ١١٥ والترمذي ١٤١٩ و ١٤٢٠ وابن ماجه ٢٥٨١ كلهم من حديث عبد الله ابن عمرو بن العاص، والحديث مشهور فقد ورد من حديث سعيد بن زيد. أخرجه أبو داود ٤٧٧٢ والترمذي ١٤٢١ والنسائي ٧/ ١٥ وابن ماجه ٢٥٨٠ وأحمد ١/ ١٨٧ وأبو يعلى ٩٥٠ . ٩٤٩ وأخرجه أحمد ١/ ٧٨ . ٧٩ وأبو يعلى ٦٧٧٥ كلاهما من حديث الحسين بن علي مرفوعاً.
وقال الهيثمي في المجمع ٦/ ٢٤٤: رجال أحمد ثقات. وأخرجه أبو يعلى ٢٠٦١ من حديث جابر، وإسناده واه.

كتاب السير

السير جمع سيرة، وهي الطريقة في الأمور، وفي الشرع تختص بسير النبيّ عليه الصلاة والسلام في مغازيه

كتاب السير

أورد الجهاد عقيب الحدود لأنه بعد أن ناسبها بوجهين باتحاد المقصود من كل منها ومن مضمون هذا الكتاب وهو إخلاء العالم من الفساد، ويكون كل منهما حسن لحسن لغيره. وذلك الغير وهو إعلاء كلمة الله تعالى يتأدى بفعل نفس المأمور به وهو القتال وجب تأخيره عنها لوجهين: كون الفساد المطلوب الإخلاء عنه بالجهاد أعظم كل فساد وأقبحه، والعادة في التعاليم الشروع فيها على وجه الترقي من الأدنى إلى ما هو أعلى منه، وكونه معاملة مع الكفار والحدود معاملة مع المسلمين، وتقديم ما يتعلق بالمسلمين أولى. ولا يخفى أن له مناسبة خاصة بالعبادات، فلذا أورده بعض الناس عقيبها قبل النكاح لأنه عبادة محضة بخلاف النكاح (والسير جمع سيرة) وهي فعلة بكسر الفاء من السير فيكون لبيان هيئة السير وحالته لأن فعلة للهيئة كجلسة وخمرة، وقد استعملت كذلك في السير المعنوي حيث قالوا في عمر بن عبد العزيز: سار فينا بسيرة العمرين، لمن غلب في لسان أهل الشرع على الطرائق المأمور بها في غزو الكفار، وكان سبب ذلك كونها تستلزم السير وقطع المسافة. وقد يقال كتاب الجهاد، وهو أيضاً أعم غلب في عرفهم على جهاد الكفار وهو دعوتهم إلى الدين الحق وقتالهم إن لم يقبلوا وفي غير كتب الفقيه يقال كتاب المغازي، وهو أيضاً أعم جمع مغزاة مصدراً سماعياً لغزا دالاً على الوحدة، والقياسي غزو وغزوة للوحدة كضربة وضرب وهو قصد العدو للقتال خص في عرفهم بقتال الكفار. هذا وفضل الجهاد عظيم، وكيف لا وحاصله بذل أعز المحبوبات وإدخال أعظم المشقات عليه وهو نفس الإنسان ابتغاء مرضاة الله تعالى وتقرباً بذلك إليه سبحانه وتعالى، وأشق منه قصر النفس على الطاعات في النشاط والكسل على الدوام ومجانبة أهويتها، ولذا قال عليه الصلاة والسلام وقد رجع من مغزاه «رجعنا من الجهاد الأصغر إلى الجهاد الأكبر»[1] ويدل على هذا أنه عليه الصلاة والسلام أخره في الفضيلة عن الصلاة على وقتها في حديث ابن مسعود «قلت يا رسول الله أيّ الأعمال أفضل؟ قال: الصلاة على ميقاتها، قلت: ثم أيّ؟ قال

كتاب السير

قدم الحدود على السير لأن كل واحد منهما حسن لمعنى في غيره، وذلك الغير يتأدى بفعل المأمور به إلا أن الحدود معاملة مع المسلمين غالباً أو على الخصوص في حد الشرب. وفي السير المعاملة مع الكفار وتقديم ما بالمسلمين أولى (والسير جمع سيرة) وهي فعلة من السير (وهي الطريقة في الأمور. وفي الشرع تختص بسير النبي ﷺ في مغازيه) قال في المغرب: أصل السيرة

كتاب السير

قوله: (وذلك الغير يتأدى بفعل المأمور به) أقول: احتراز عن مثل الوضوء، فإن ذلك الغير فيه لا يتأدى بفعل المأمور به بل يفتقر إلى إتيان به على حدة وهو الصلاة، وتفصيله في كتب الأصول في باب الأمر قوله: (إلا أن الحدود معاملة مع المسلمين الخ) أقول: أي بلا إيراد شيء أجنبي بينهما فلا يرد أن يقال يكفي في بيان وجه التقديم أن يقال لأن الحدود معاملة مع المسلمين الخ وما عداه غير محتاج إليه.

---

(١) منكر. ذكره العراقي في الإحياء ٣/ ٧ وقال: رواه البيهقي في الزهد وقال البيهقي: هذا إسناد فيه ضعف.
وذكره ابن حجر في تخريج الكشاف فقال: أخرجه البيهقي في الزهد، وضعفه.
قلت: هو من رواية عيسى بن إبراهيم عن يحيى بن يعلى عن ليث بن أبي سليم، والثلاثة ضعفاء.
وأورده النسائي في الكنى من قول إبراهيم بن أبي عبلة أحد التابعين الشاميين اهـ.
الخلاصة المرفوع فيه ثلاثة ضعفاء أصحاب مناكير، والنسائي أعلم من غير. حيث ذكره عن إبراهيم بن أبي عبلة من قوله. فهو مقطوع لأنه قول التابعي.

. . . .

برّ الوالدين، قلت: ثم أي؟ قال: الجهاد في سبيل الله، ولو استزدته لزادني»[١] رواه البخاري. وقد جاء أنه ﷺ جعله أفضل بعد الإيمان في حديث أبي هريرة قال «سئل رسول الله ﷺ: أيّ العمل أفضل؟ قال: إيمان بالله ورسوله، قيل: ثم ماذا؟ قال: الجهاد في سبيل الله، قيل: ثم ماذا؟ قال: حج مبرور»[٢] متفق عليه. وهذه وإن كانت صورة معارضة لكن الجمع بينهما بحمل كل على ما يليق بحال السائل، فإذا كان السائل يليق به الجهاد لما علمه من تهيئته له واستعداده زيادة على غيره كان الجهاد بالنسبة إليه أفضل ممن ليس مثله في الجلادة والغناء، وفيه نظر لأن المذكور في الحديث السابق الصلاة على وقتها وتلك هي الفرائض، وفي هذا لا يتردد في أن المواظبة على أداء فرائض الصلاة وأخذ النفس بها في أوقاتها على ما هو المراد من قوله الصلاة على ميقاتها أفضل من الجهاد. ولأن هذه فرض عين وتتكرر والجهاد ليس كذلك، ولأن افتراض الجهاد ليس إلا للإيمان وإقامة الصلاة فكان مقصوداً وحسناً لغيره، بخلاف الصلاة حسنة لعينها وهي المقصود منه على ما صرح به عليه الصلاة والسلام في حديث معاذ، وفيه طول إلى أن قال «والذي نفس محمد بيده ما شحب وجه ولا اغبرت قدم في عمل يبتغي به درجات الآخرة بعد الصلاة المفروضة كجهاد في سبيل الله»[٣] صححه الترمذي، وإذ لا شك في هذا عندنا وجب أن يعتبر كل من الصلاة والزكاة مرادة بلفظ الإيمان في حديث أبي هريرة[٤]، ويكون من عموم المجاز أو يرجح بزيادة فقه الراوي وهو ابن مسعود رضي الله عنه وبما عضده من الأحاديث السابقة. والحق أنه ليس فيه معارضة لأنه لم يذكر الصلاة فيه أصلاً، فإنما فيه أنه جعل الجهاد بعد الإيمان وهو يصدق إذا كان بعد الصلاة وهي قبله بعد الإيمان فلا معارضة إلا إذا نظرنا إلى المقصود. ومن الأحاديث في ذلك ما عن عمران بن حصين رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «مقام الرجل في الصفّ في سبيل الله أفضل عند الله من عبادة الرجل ستين سنة»[٥] رواه الحاكم وقال: على شرط البخاري، وعن أبي هريرة «قيل يا رسول الله ما يعدل الجهاد في سبيل الله؟ قال: لا تستطيعونه، فاعادوا عليه مرتين أو ثلاثاً كل ذلك يقول لا تستطيعونه، ثم قال: مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم القانت بآيات الله لا يفتر عن صلاته ولا صيامه حتى يرجع المجاهد في سبيل الله»[٦] متفق

. . . .

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧٨٢ وأحمد ١/ ٤١٨ كلاهما من حديث ابن مسعود.
فائدة جاء في فتح الباري عن الطبري قوله: خُصَّتْ هذه الثلاثة في الحديث لأنها عنوان لما سواها فإن من ضيع الصلاة، فهو لما سواها أضيع ومن عقّ والدية كان لغيرهما أَعَقّ، ومن ترك جهاد الكفار مع شدة عداوتهم كان لجهاد غيرهم من الفساق أترك اهـ بتصرف. وهذا يدل علىٰ براعة الطبري.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦ ومسلم ٨٣ في الإيمان والترمذي ١٦٥٨ والنسائي ٥/ ١١٣ و ٦/ ١٩ وعبد الرزاق ٢٠٢٩٦ وأحمد ٢/ ٢٨٧. ٢٦٤. ٢٦٨ وابن حبان ٤٥٩٨ والبغوي ١٨٤٠ والبيهقي ٥/ ٢٦٢ و ٩/ ١٥٧ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة. وكرره البخاري ١٥١٩ في كتاب الحج.

(٣) حسن لشواهده. أخرجه أحمد ٥/ ٢٤٥. ٢٤٦ وكذا البزار والطبراني كما في المجمع ٥/ ٢٧٣ ـ ٢٧٤ كلهم من حديث معاذ في خبر طويل وقال الهيثمي: فيه شهر بن حوشب ضعيف وقد يحسن حديثه اهـ قلت: هو من رجاله مسلم، وقد قال عنه في التقريب: صدوق كثّير الإرسال اهـ وهنا صرح بالتحديث، ولحديثه شواهد.

(٤) تقدم قبل حديث.

(٥) حسن. أخرجه الحاكم ٢/ ٦٨ من حديث الحسن عن عمران بن حصين، وصححه علىٰ. شرط البخاري. وأقره الذهبي، والصواب أنه حسن لأن الحسن مدلس، وقد عنعنه.
وأخرجه أحمد ٥/ ٢٦٦ من حديث أبي أمامة وإسناده واهٍ لضعف علي بن زيد وشيخه القاسم بن عبد الرحمن. وله شاهد من حديث أبي هريرة أخرجه أحمد ٢/ ٤٤٦ وإسناده غير قوي فيه سعيد بن أبي هلال فيه كلام. وله شاهد من حديث أبي سعيد بن فضالة. أخرجه الحاكم ٣/ ٢٨٢ وسكت عليه، وإسناده واه فيه زياد بن مينا غير مشهور فالحديث بمجموع طرقه لا ينزل عن درجة الحسن إن شاء الله تعالىٰ.

(٦) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧٨٧ ومسلم ١٨٧٨ والنسائي ٦/ ١٨ وابن حبان ٤٦٢١ و ٤٦٢٢ و ٤٦٢٧ وأحمد ٢/ ٤٥٩ والبيهقي ٩/ ١٥٨ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.
واللفظ لمسلم دون البخاري، وكذا أحمد وابن حبان في روايته الثالثة والبيهقي بمثل سياق مسلم.

. . . .

عليه. وعن أبي هريرة رضي الله عنه، عنه عليه الصلاة والسلام «من احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً بالله وتصديقاً بوعده فإن شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة»(١) رواه البخاري. ومن توابع الجهاد الرباط، وهو الإقامة في مكان يتوقع هجوم العدو فيه لقصد دفعه لله تعالى. والأحاديث في فضله كثيرة: منها ما في صحيح مسلم من حديث سلمان رضي الله عنه: سمعت رسول الله ﷺ يقول «رباط يوم في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه، وإن مات فيه أجرى عليه عمله الذي كان يعمل وأجرى عليه رزقه وأمن الفتان»(٢) رواه مسلم، زاد الطبراني «وبعث يوم القيامة شهيداً» وروى الطبراني بسند ثقات في حديث مرفوع «من مات مرابطاً أمن من الفزع الأكبر»(٣) ولفظ ابن ماجه بسند صحيح عن أبي هريرة «وبعثه الله يوم القيامة آمناً من الفزع»(٤). وعن أبي أمامة عنه عليه الصلاة والسلام قال «إن صلاة المرابط تعدل خمسمائة صلاة، ونفقته الدينار والدرهم منه أفضل من سبعمائة دينار ينفقه في غيره»(٥) هذا، واختلف المشايخ في المحل الذي يتحقق فيه الرباط فإنه لا يتحقق في كل مكان ففي النوازل أن يكون في موضع لا يكون وراءه إسلام لأن ما دونه لو كان رباطاً فكل المسلمين في بلادهم مرابطون. وقال بعضهم: إذا أغار العدوّ على موضع مرة يكون ذلك الموضع رباطاً إلى أربعين سنة، وإذا أغاروا مرتين يكون رباطاً إلى مائة وعشرين سنة، وإذا أغاروا ثلاث مرات يكون رباطاً إلى يوم القيامة. قال في الفتاوى الكبرى: والمختار هو الأول. واعلم أن ما ذكر من كون محل الرباط ما وراء المسلمين ذكر في حديث عن معاذ بن أنس عنه عليه الصلاة والسلام «من حرس من وراء المسلمين في سبيل الله تبارك وتعالى متطوّعاً لا يأخذه سلطان لم ير النار بعينه إلا تحلة القسم، فإن الله يقول ﴿وإن منكم إلا واردها﴾»(٦) [مريم ٧١] رواه أبو يعلى: وفيه لين محتمل في المتابعات، وليس يستلزم كون ذلك باعتبار المكان، فقد وردت أحاديث كثيرة ليس فيها سوى الحراسة في سبيل الله. ولنختم هذه المقدمة بحديث البخاري عن أبي هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال «تعس

. . . .

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٨٥٣ والنسائي ٦/ ٢٢٥ وابن حبان ٤٦٧٣ وأبو يعلى ٦٥٦٨ والبغوي ٢٦٤٨ والبيهقي ١٠/ ١٦ كلهم من حديث أبي هريرة واستدركه الحاكم ٢/ ٩٢ من هذا الوجه وبهذا اللفظ ثم قال: صحيح ولم يخرجاه!!. ووافقه الذهبي! وزادوا إلا البخاري لفظ: حسنات. بعد لفظ: روثه.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٩١٣ من طرق والترمذي ١٦٦٥ والنسائي ٦/ ٣٩ وابن حبان ٤٦٢٣ واستدركه الحاكم ٢/ ٨٠ وكذا رواه الطحاوي في المشكل ٣/ ١٠١ والبغوي ٢٦١٧ وأحمد ٥/ ٤٤٠ والطبراني ٦١٧٧ و ٦١٧٨ و ٦١٧٩ و ٦١٨٠ والبيهقي ٩/ ٣٨ من طرق كلهم من حديث سلمان رضي الله عنه.

والعجب قال الحاكم: صحيح ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي! وزاد الطبراني: وبُعث يوم القيامة شهيداً.

واستدركه الهيثمي أيضاً ٥/ ٢٩٠ من المجمع من حديث سلمان وبسياق مسلم، وهذا على خلاف قاعدته.

وورد من حديث العرباض بن سارية. أخرجه الطبراني كما في المجمع ٥/ ٢٩٠ وقال الهيثمي: رواه بإسنادين رجال أحدهما ثقات.

وورد من حديث أبي الدرداء وهو الآتي.

(٣) جيد. أخرجه الطبراني كما في المجمع ٥/ ٢٩٠ من حديث أبي الدرداء مصدره: «رباط شهر خير من صيام دهر، ومن مات...» وقال الهيثمي: رجاله ثقات. وهو كما قال فالحديث شواهده كثيرة.

(٤) جيد. أخرجه ابن ماجه ٢٧٦٧ والبزار كما في المجمع ٥/ ٢٧٩ كلاهما من حديث أبي هريرة.

وقال البوصيري في الزوائد: إسناده صحيح.

قلت: وهو كما قال له شواهد كثيرة.

(٥) غريب. ذكره في كنز العمال ونسبه للبيهقي. أي في الشعب. ولأبي الشيخ اهـ. ولم أقف على إسناده. وانفرادهما بروايته يدل على وهنه وليحرر.

(٦) حسن لشواهده. أخرجه أبو يعلى ١٤٩٠ وأحمد ٣/ ٤٣٧ كلاهما من حديث سهل بن معاذ عن أبيه معاذ بن أنس وفي إسناده أبي يعلى رشدين بن سعد، وهو واهٍ وفي إسناد أحمد ابن لهيعة قال الهيثمي في المجمع ٥/ ٢٨٧ هو أحسن حالاً من رشدين اهـ.

قلت: ومداره في الطريقين على زبّان بن فائد بتشديد الباء، وهو ضعيف الحديث كما في التقريب.

فالخبر ضعيف لكن له شواهد قوية انظر المجمع ٥/ ٢٨٧ فالحديث حسن إن شاء الله تعالى لشواهده.

قال: (الجهاد فرض على الكفاية إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين) أما الفرضية فلقوله تعالى: ﴿فاقتلوا

عبد الدينار وعبد الدرهم وعبد الخميصة» زاد في رواية «وعبد القطيفة، إن أعطي رضي وإن لم يعط سخط، تعس وانتكس، وإذا شيك فلا انتقش، طوبى لعبد آخذ بعنان فرسه في سبيل الله أشعث رأسه مغبرة قدماه، إن كان في الحراسة كان في الحراسة، وإن كان في الساقة كان في الساقة، إن استأذن لم يؤذن له، وإن شفع لم يشفع»[1] قوله: (الجهاد فرض على الكفاية إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين) وهذا واقع موقع تفسير فرض الكفاية (أما الفرضية فلقوله تعالى ﴿فاقتلوا المشركين﴾ حيث وجدتموهم) [التوبة ٥] وقوله تعالى ﴿فقاتلوا أئمة الكفر﴾ [التوبة ١٢] وقوله تعالى ﴿وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله﴾ [الأنفال ٣٩] وقوله تعالى ﴿كتب عليكم القتال وهو كره لكم﴾ [البقرة ٢١٦] ﴿وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة﴾ [التوبة ٣٦] وقوله تعالى ﴿انفروا خفافاً وثقالاً وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل الله﴾ [التوبة ٤١] وقوله عليه الصلاة والسلام «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله»[2] والتخصيص المعتبر عند أهل الأصول قصر العام على بعض ما يتناوله بدليل مستقل لفظي مقارن للمعنى، وبهذه ينتفي ما نقل عن الثوري وغيره أنه ليس بفرض وأن الأمر به للندب، وكذا ﴿كتب عليكم﴾ كقوله: ﴿كتب عليكم

حالة السير، إلا أنها غلبت في لسان الشرع على أمور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك على أمور الحج، والمغازي جمع الغزاة من غزوت العدو قصدته للقتال، وهي الغزوة والغزاة والمغزاة. قال: (الجهاد فرض على الكفاية) قيل: الجهاد هو الدعاء إلى

قال المصنف: (الجهاد فرض على الكفاية) أقول أي فرض لأجل كفاية مهم ديني على أن يكون على التعليل كما في قوله تعالى ﴿ولتكبروا الله على ما هداكم﴾ أي لهدايته إياكم، ويجوز أن يكون للمصاحبة كما في قوله تعالى ﴿وآتى المال على حبه﴾ ويجوز أن يكون المضاف مقدراً وعلى للاستعلاء أي على أهل الكفاية على أن المصدر بمعنى اسم الفاعل أي على الكفاة فيكون المراد تقرر الفرضية وإلا فهو فرض على الكل ابتداء على المختار. وفي المحيط البرهاني والذخيرة: قال أبو حنيفة: الجهاد واجب على المسلمين، إلا أن المسلمين في سعة من ترك الجهاد حتى يحتاج إليهم. واختلف عبارة المشايخ في ذلك، قال بعضهم: الجهاد واجب على المسلمين، فإذا جاء النفير فهو فريضة، وفرق هذا القائل بين الفريضة والواجب، والفرق بينهما ظاهر إلى الأحكام، حتى إن الصلاة المنذورة لا تؤدى بعد صلاة العصر وتقضى الفوائت بعد العصر. وبعضهم قال: الجهاد قبل النفير تطوع وبعد النفير فرض عين، ومنه سمي الغزاة مطوعة: أي متطوعة، قال الله تعالى ﴿الذين يلمزون المطوعين من المؤمنين﴾. أراد المتطوعين، وأكثرهم أنه فرض على كل حال غير أنه قبل النفير فرض كفاية وبعد النفير فرض عين، وإنما عرفت فرضيته بالكتاب، قال الله تعالى ﴿اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾ انتهى. ونحن نقول: هذا يدل على أن مراد صاحب الهداية بقوله الجهاد فرض على الكفاية هو الفرض القطعي الذي يكفر جاحده، فإن قيل: فيلزم أن يكفر من قال بوجوبه أو استحبابه من أصحابنا ومن غيرهم حيث قال السرخسي في المحيط: الجهاد فريضة محكمة وقضية محتومة يكفر جاحدها ويضلل عاندها، وكذا قال صاحب الاختيار: الجهاد فريضة محكمة ويكفر جاحدها. ثبت فرضيتها بالكتاب والسنة وإجماع الأمة. قلنا: إنما يكفر منكر الفرض لو لم يكن مؤولاً. قال في معراج الدراية: وأجمعت الأمة على فرضية الجهاد. وفي الإيضاح: خبر الواحد إذا تأيد بالكتاب والسنة والإجماع يفيد الفرضية، وها هنا كذلك قوله وهو أي الجهاد فرض على الكفاية، وبه قال أكثر أهل العلم إلا ابن المسيب فإنه قال: فرض عين للعمومات في النصوص. وحكي عن ابن شبرمة والثوري أنه غير واجب. وهكذا روي عن ابن عمر. وسئل عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو واجب قالا: ما علمناه واجباً، وقالوا قوله تعالى ﴿كتب عليكم القتال﴾ للندب كما في قوله تعالى ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية﴾ انتهى. فإن قيل: قوله وأجمعت الأمة على فرضية الجهاد مخالف لما يقوله بعده من أنه حكي عن ابن شبرمة والثوري أنه غير واجب، وهكذا روي عن ابن عمر وسئل عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو واجب قالا: ما علمناه واجباً. قلنا: قوله حكي يدل على أن لهما قولاً آخر هو أظهر القولين منهما وهو القول بالوجوب، وسيؤول كلام ابن عمر وعطاء وعمرو بن دينار بأن مرادهم الفرضية على الكفاية. نعم لا يلائم ذلك التأويل قوله وقالوا قوله تعالى ﴿كتب عليكم

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٨٨٦ و ٢٨٨٧ و ٦٤٣٥ وابن ماجه ٤١٣٥ وابن حبان ٣٢١٨ والبغوي ٤٠٥٩ والبيهقي ٩/١٥٩ و ١٠/٢٤٥ كلهم عن أبي صالح عن أبي هريرة مرفوعاً.

(٢) متفق عليه. تقدم في الزكاة.

المشركين﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام «الجهاد ماض إلى يوم القيامة» وأراد به فرضاً باقياً، وهو فرض على الكفاية

إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية﴾ [البقرة ١٨٠] ونقل عن ابن عمر. ويجب حمله إن صح على أنه ليس بفرض عين. فإن قلت: كيف يثبت الفرض وهي عمومات مخصوصة والعام المخصوص ظني الدلالة وبه لا يثبت الفرض؟ والجواب أن المخرج من الصبيان والمجانين مخصوص بالعقل على ما عرف وبالتخصيص به لا يصير العام ظنياً، وأما غيرهما فنفس النص ابتداء تعلق بغيرهما فلم يكن من قبيل المخصوص، وذلك أن النص مقرون بما يقيده بغيرهم وهو من حيث يحارب لقوله تعالى ﴿وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة﴾ [التوبة ٣٦] فأفاد أن قتالنا المأمور به جزاء لقتالهم ومسبب عنه، وكذا قوله تعالى ﴿وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة﴾ [الأنفال ٣٩] أي لا تكون منهم فتنة للمسلمين عن دينهم بالإكراه بالضرب والقتل، وكان أهل مكة يفتنون من أسلم بالتعذيب حتى يرجع عن الإسلام على ما عرف في السير، فأمر الله سبحانه بالقتال لكسر شوكتهم فلا يقدرون على تفتين المسلم عن دينه، فكان الأمر ابتداء بقتال من بحيث يحارب من المشركين بالحديث الصحيح، وقد أكد هذا قوله ﷺ في بعض الروايات الصحيحة لحديث النهي عن قتل النساء حين رأى المقتولة «ما كانت هذه تقاتل»[1] وأما قوله ﷺ «الجهاد ماض إلى يوم القيامة»[2] فدليل على وجوبه وأنه لا ينسخ، وهذا لأن خبر الواحد لا يفيد الافتراض. وقول صاحب الإيضاح إذا تأيد

الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال. وسببه كون الكفار حرباً علينا، وهو فرض كفاية (إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين. أما الفرضية فلقوله تعالى ﴿فاقتلوا المشركين﴾) وهو دليل قطعي فيفيد الفرضية ولقوله ﷺ: («الجهاد

القتال﴾ للندب كما في قوله تعالى ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية﴾ فليتأمل قوله: (قيل الجهاد هو الدعاء) أقول: القائل صاحب النهاية نقلا عن التحفة وهو لتعريف الجهاد الشرعي قوله: (إلى الدين) أقول: أي إلى حكم الدين قوله: (بالنفس والمال) أقول: الواو هنا بمعنى أو قال المصنف: (أما الفرضية فلقوله تعالى ﴿فاقتلوا المشركين﴾) أقول: فإن قيل إنه عام خص منه البعض وهو لكونه حجة فيها شبهة لا يصلح دليل الفرضية، وإنما قلنا إنه خص منه البعض فإنه قد خص من قوله تعالى ﴿اقتلوا﴾ الصبيان والمجانين والعبيد والنساء والأعمى والمقعد، وخص من المشركين أيضاً المستأمن والذمي. قلنا أما تخصيص الصبيان والمجانين من الأمر فبالعقل كما صرح به في كتب الأصول فلا يقدح في قطعية النص، وأما تخصيص البواقي فلا نسلم أنه ليس بطريق النسخ. وأيضاً لا نسلم أنه قد خص المستأمن والذمي ونحوهما من المشركين لم لا يجوز أن يكون اللام للعهد والمعهودون هم الذين ذكروا في قوله ﴿وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم﴾ فتأمل. على أنه لا يبعد أن يكون المصنف منخرطاً في سلك العلماء القائلين بأن تخصيص العموم لا يضر في كون العام قطعياً في الباقي، وما ذكرنا هو المخلص عما أورد على الشارح الأكمل حيث قال: وهو دليل قطعي. قوله: (فإن قيل، إلى قوله بخبر الواحد) أقول: تثبت بخبر الواحد الفرضية على زعم المجتهد صرح به في كتب الأصول، وأمثلته أكثر من أن تحصى قوله: (أجيب بأن الخ) أقول: المجيب والسائل هو صاحب النهاية قوله: (وبالإجماع) أقول: فيه بحث، فإن من أصحابنا

---

(١) سيأتي تخريجه في وصايا الجيش وهو حديث قوي.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٥٣٢ وأبو يعلى ٤٣١١ و ٤٣١٢ والبيهقي ٩/ ١٥٦ كلهم من حديث يزيد بن أبي نُشبة عن أنس قال: «قال رسول الله ﷺ ثلاثة من أصل الإيمان: الكفّ عمن قال: لا إله إلا الله. ولا تكفره بذنب، ولا تخرجه من الإسلام بعمل، والجهاد ماضٍ منذ بعثني الله إلى أن يقاتل آخر أمتي الدجال لا يبطله جور جائر، ولا عدل عادل، والإيمان بالأقدار».

هذا لفظ أبي داود وأبي يعلى في روايته الثانية، وأما في الأولى، فصدره: «ثلاث من أصل الإسلام...» الحديث. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٧٧: قال المنذري في مختصره: يزيد بن أبي نُشبة في معنى المجهول. وقال عبد الحق: هو رجل من بني سليم لم يرو عنه سوى جعفر بن برقان اهـ.

وقال ابن حجر عنه في التقريب: مجهول.

قلت: فالحديث ضعيف، وفي ألفاظه غرابة، ثم إن الجهاد يستمر حتى بعد قتال الدجال، فالحديث غير صحيح مبنى ومعنى

تنبيه: وأما كون الجهاد ماضٍ إلى يوم القيامة، فهذا مما لا خلاف فيه بين أهل العلم، والآيات والأحاديث ناطقة بذلك.

لأنه ما فرض لعينه إذ هو إفساد في نفسه، وإنما فرض لإعزاز دين الله ودفع الشرّ عن العباد، **فإذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين** كصلاة الجنازة ورد السلام **(فإن لم يقمْ به أحد أثم جميع الناس بتركه)** لأن الوجوب على

خبر الواحد بالكتاب والإجماع يفيد الفرضية ممنوع، بل المفيد حينئذ الكتاب والإجماع، وجاء الخبر على وفقهما، والحديث رواه أبو داود من حديث أنس رضي الله عنه قال: قال ﷺ من حديث «**والجهاد ماض منذ بعثني الله إلى أن يقاتل آخر أمتي الدجال**، لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل، والإيمان بالأقدار» فيه يزيد بن أبي شيبة من بني سليم لم يرو عنه إلا جعفر بن برقان، وعن هذا والله أعلم قال المنذري: هو في معنى المجهول. ولا شك أن إجماع الأمة أن الجهاد ماض إلى يوم القيامة لم ينسخ، فلا يتصور نسخه بعد النبي ﷺ، وأنه لا قائل أن بقتال آخر الأمة الدجال ينتهي وجوب الجهاد.

وأما كونه على الكفاية فلأن المقصود منه ليس مجرداً ابتلاء المكلفين بل إعزاز الدين ودفع شرّ الكفار عن المؤمنين بدليل قوله تعالى ﴿**وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله**﴾ [الأنفال ٣٩] **(فإذا حصل ذلك بالبعض سقط)** هو لحصول ما هو المقصود منه **(كصلاة الجنازة)** المقصود منها قضاء حق الميت والإحسان إليه. وذهب ابن المسيب إلى أنه فرض عين تمسكاً بعين الأدلة المذكورة إذ بمثلها يثبت فروض الأعيان. قلنا: نعم لولا قوله تعالى ﴿**لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر والمجاهدون**﴾ الآية إلى قوله تعالى ﴿**وكُلّاً وعد الله الحسنى وفضل الله المجاهدين على القاعدين أجراً عظيماً**﴾ [النساء ٩٥] ولأنه لو كان عيناً لاشتغل الناس كلهم به فيتعطل المعاش على ما لا

ماض إلى يوم القيامة») أي نافذ، من مضى في الأرض مضياً إذا نفذ. فإن قيل: كيف يصح التمسك على دعوى الفرضية بخبر الواحد. أجيب بأن خبر الواحد إذا تأيد بالحجة القطعية صح إضافة الفرضية إليه، وها هنا تأيد هذا الحديث بقوله تعالى ﴿**فاقتلوا**﴾ وبالإجماع، وفيه نظر لأنا لا نسلم أنه إذا تأيد بالقطعي أفاد الفرضية، فإن الفرضية حينئذ تكون ثابتة بذلك القطعي لا بخبر الواحد. ويمكن أن يقال: الخبر لم يذكره للدلالة على الفرضية بل لبيان دوامه وبقائه إلى يوم القيامة، فإن الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك، وخبر الواحد جاز أن يكون بياناً لما احتمله النص **(وأما كونه فرضاً على الكفاية فلأنه ما فرض لعينه لكونه إفساداً في نفسه)** بتخريب البلاد وإفناء العباد، لكن **(لإعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فإذا حصل المقصود**

من قال إنه مندوب، ومنهم من قال إنه واجب غير فرض صرح به في المحيط والذخيرة قوله: **(ويمكن أن يقال الخبر الخ)** أقول: ويؤيد ما ذكره أن الحديث ليس فيه ما يدل على إرادة الفرضية، وقول المصنف أراد به فرضاً باقياً لا يدل على انفهام الفرضية من سياق الحديث بل من الدلائل الآخر فإن قيل: النبي عليه الصلاة والسلام مبعوث لبيان الأحكام. قلنا: ذلك أيضاً لا يدل على تعيين الفرضية لجواز أن يكون الندب أو الوجوب مع أن فيه تأملاً لجواز أن يكون من قبيل الإخبار عن الغيب، ثم المراد من قول المصنف أما الفرضية الفرضية المستمرة بدليل آخر كلامه تأمل، ولك أن تقول الفرضية تستفاد من قوله عليه الصلاة والسلام ماض، فإنه من مضى الأمر إذا نفذ، والنافذ من بين الأحكام هو الفرض الذي لا مرد له، والبقاء يستفاد من كلمة إلى فإنها تتعلق بمضى الامتداد كما ذكرنا قوله: **(فإن الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك الخ)** أقول: لا نسلم ذلك، فإن نسبة أمر إلى المشتق تقيد عليه المأخذ كما في السارقة والسارقة الآية ﴿**والزانية والزاني**﴾ الآية قال المصنف: **(ولقوله عليه الصلاة والسلام «الجهاد ماض إلى يوم القيامة» وأراد به فرضاً باقياً)** أقول: الفرضية مستفادة من قوله ماض: أي نافذ، والنفاذ إنما هو في الفرض من بين الأحكام، فإن في الندب والإباحة لا يجب الامتثال والبقاء من كلمة إلى فإنه يدل على تضمين معنى الامتداد والبقاء، وقوله عليه الصلاة والسلام «الجهاد ماض» من مضى الأمر نفذ فليتأمل. وفي الإيضاح خبر الواحد إذا تأيد بالكتاب والإجماع يفيد الفرضية، وههنا كذلك، كذا في معراج الدراية. وقال السرخسي أيضاً في محيطه. قال عليه الصلاة والسلام «الجهاد ماض منذ بعثني الله إلى يوم القيامة حتى تقاتل عصابة من أمتي الدجال» وأراد بقوله ماض: أي فرض واجب اهـ. فإن قيل: لم لا يجوز أن يكون المضي بمعنى الذهاب وفي الصحاح مضى الشيء مضياً ذهب: أي ذاهب باق إلى يوم القيامة فلا يتجه الاستدلال؟ قلنا: الذهاب في تفسير المضي كما وقع في الصحاح بمعنى الخلو. تلك أمة قد خل. قال المصنف: **(لأنه ما فرض لعينه الخ)** أقول: تقرير الدليل أن الجهاد مفروض لغيره فهو فرض كفاية إذا حصل المقصود بالبعض، وإنما قلنا ذلك لئلا ينتقض الدليل

الكل، ولأن في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية **(إلا أن يكون النفير عاماً)** فحينئذ يصير من فروض الأعيان لقوله تعالى: **﴿انفروا خفافاً وثقالاً﴾** الآية. وقال في الجامع الصغير: الجهاد واجب إلا أن المسلمين في سعة حتى يحتاج إليهم. فأول هذا الكلام إشارة إلى الوجوب على الكفاية وآخره إلى النفير العام،

يخفى بالزارعة والجلب بالتجارة ويستلزم **(قطع مادة الجهاد من الكراع)** يعني الخيل **(والسلاح)** والأقوات فيؤدي إيجابه على الكل إلى تركه للعجز **(فلزم أن يجب على الكفاية)** ولا يخفى أن لزوم ما ذكر إنما يثبت إذا لزم في كونه فرض عين أن يخرج الكل من الأمصار دفعة واحدة، وليس ذلك لازماً بل يكون كالحج على الكل ولا يخرج الكل بل يلزم كل واحد أن يخرج ففي مرة طائفة وفي مرة طائفة أخرى وهكذا، وهذا لا يستلزم تعطيل المعاش، فالمعول عليه في ذلك نص **﴿لا يستوي القاعدون﴾** [النساء ٩٥] ثم هذا **(إذا لم يكن النفير عاماً، فإن كان)** بأن هجموا على بلدة من بلاد المسلمين **(فيصير من فروض الأعيان)** سواء كان المستنفر عدلاً أو فاسقاً فيجب على جميع أهل تلك البلدة النفر، وكذا من يقرب منهم إن لم يكن بأهلها كفاية وكذا من يقرب ممن يقرب إن لم يكن بمن يقرب كفاية أو تكاسلوا أو عصوا، وهكذا إلى أن يجب على جميع أهل الإسلام شرقاً وغرباً، كجهاز الميت والصلاة عليه يجب أولا على أهل محلته، فإن لم يفعلوا عجزاً وجب على من ببلدهم على ما ذكرنا هكذا ذكروا. وكأن معناه إذا دام الحرب بقدر ما يصل الأبعدون ويلغهم الخبر وإلا فهو تكليف بما لا يطاق، بخلاف إنقاذ الأسير وجوبه على الكل متجه من أهل المشرق والمغرب ممن علم، ويجب أن لا يأثم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس وتكاسلهم أو قعود السلطان أو منعه، واستدل على ذلك بقوله تعالى **﴿انفروا خفافاً وثقالاً﴾** قيل المراد به ركبانا ومشاة، وقيل شباباً وشيوخاً، وقيل عزّاباً ومتزوّجين، وقيل أغنياء وفقراء. وينبغي أن يقال قول آخر وهو كل من هذه: أي انفروا مع كل حال من هذه الأحوال. وحاصلها أنه لم يعذر أحداً فأفاد العينية، وفيه نظر لأن الجهاد على كل من ذكر في التفسير المذكور على الكفاية فلا يفيد تعيينها العينية، بل الحق أن هذه الآية وما تقدم من الآيات كلها لإفادة الوجوب، ثم تعرف الكفاية بالآية المتقدمة، وأما العينية في النفير العام فبالإجماع لأنه من إغاثة الملهوف والمظلوم، وهذا من جهة الدراية. ثم ذكر الرواية وهو قول

بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام) والمراد بكراع الخيل. وقوله تعالى **﴿انفروا خفافاً وثقالاً﴾** أي ركباناً ومشاة أو شباناً وشيوخاً أو مهازيل وسماناً أو صحاحاً ومراضاً. واعترض بأن قوله تعالى **﴿انفروا خفافاً وثقالاً﴾** عام فما وجه تقييده بالنفير العام. وأجيب بأنه رفع الحرج، ولأن النبي ﷺ كان يخرج مع تخلف كثير من أهل المدينة، فعلم بذلك اختصاصه بالنفير العام،

بالنفير العام فإنه مفروض لغيره مع فرض عين لعدم حصول المقصود إلا بقيام الكل، يشير إلى ذلك قوله وهذا لأن المقصود عند ذلك لا يتحصل إلا بإقامة الكل فليتأمل. قوله: **(كصلاة الجنازة ورد السلام)** أقول: فإنهما في نفسهما ليس لهما حسن يدل عليه أنهما بدون الميت والمسلم عبث، بل حسنهما لمعنى في غيرهما وهو قضاء حق المسلم الميت أو الحي، كذا ذكره القاضي الإمام أبو زيد قال المصنف: **(أثم جميع الناس بتركه لأن الوجوب على الكل)** أقول: لا ينبغي أن يفهم منه أن الوجوب على جميع أهل الأرض كافة حتى يسقط عن أهل الهند بقيام أهل الروم، إذ لا يندفع بقيامهم الشر عن الهنود المسلمين، وأن قوله تعالى **﴿قاتلوا الذين يلونكم من الكفار﴾** يدل على أن الوجوب على أهل كل قطر يقربون الكفار، هذا مما سنح به الخاطر الفاتر بعون الله الملك القادر. ثم أقول: في قوله أثم جميع الناس لأن الوجوب على الكل بحث لأن من قال الوجوب على البعض يقول يكون الجميع آثماً على تقدير الترك أيضاً على ما بين في الأصول قال المصنف: **(لأن في اشتغال الكل الخ)** أقول: إن قيل الأمر لا يدل على التكرار فلا يلزم من كونه فرض عين أن يجب على الكل في كل وقت حتى يلزم أن تنقطع مادة الجهاد، ولم لا يجوز أن يجب في العمر مرة؟ قلنا: سبب الجهاد كون الكفار حرباً علينا وهو متعدد فيتعدد الوجوب. ثم في هذا المقام قصة عجيبة وهي أن إبراهيم باشا المقتول عقد مجلساً عالياً في حضرته فحضر أكثر الموالي، وكان البحث عن أول كتاب الجهاد. واعترض محمد بن بيري باشا على قوله وهو دليل قطعي الخ بأن يقال هذا مخالف لما سيجيء من الشارح نفسه من أنهم أجمعوا على أنه مخصوص خص منه الذمي والمستأمن فجاز أن يخص منه الأسير قياساً. وأجاب عند الحافظ العجمي المشهور بأنه يجوز أن يكون بالنسبة إلى الفاعل قطعياً وبالنسبة إلى المفعول ظنياً لما دخله التخصيص، فأفحم القائل

وهذا لأن المقصود عند ذلك لا يتحصل إلا بإقامة الكل فيفترض على الكل. **(وقتال الكفار واجب)** وإن لم يبدءوا للعمومات **(ولا يجب الجهاد على صبي)** لأن الصبا مظنة المرحمة. ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج **(ولا أعمى ولا مقعد ولا أقطع لعجزهم. فإن هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير إذن زوجها**

محمد **(الجهاد واجب إلا أن المسلمين في سعة من تركه حتى يحتاج إليهم)** قال: **(فأول هذا الكلام)** يعني قوله واجب وأنهم في سعة من تركه **(إشارة إلى أن الوجوب على الكفاية)** لا يمكن أن يراد ترك الكل وإلا لم يكن واجباً فهو ترك البعض **(وآخره)** وهو قوله حتى يحتاج إليهم **(يفيد العينية)** إذ صار الحاصل لأنه واجب يسع البعض تركه إلا أن يحتاج فلا يسع، ولا بد من الاستطاعة فيخرج المريض المدنف. وأما الذي يقدر على الخروج دون الدفع ينبغي أن يخرج لتكثير السواد فإن فيه إرهاباً. ونفر القوم نفراً ونفيراً إذا أخرجوا قوله: **(وقتال الكفار)** الذين لم يسلموا وهم من مشركي العرب أو لم يسلموا ولم يعطوا الجزية من غيرهم **(واجب وإن لم يبدءونا)** لأن الأدلة الموجبة له لم تقيد الوجوب ببداءتهم، وهذا معنى قوله: **(للعمومات)** لا عموم المكلفين، لأنه إنما يفيد الوجوب على كل واحد فقط فالمراد إطلاق العمومات في بداءتهم وعدمها خلافاً لما نقل عن الثوري. والزمان الخاص كالأشهر الحرم وغيرها خلافاً لعطاء، ولقد استبعد ما عن الثوري وتمكسه بقوله تعالى **﴿فإن قاتلوكم فاقتلوهم﴾** [البقرة ١٩١] فإنه لا يخفى عليه نسخه. وصريح قوله في الصحيحين وغيرهما «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله»[١]، الحديث يوجب أن نبدأهم بأدنى تأمل، وحاصر ﷺ الطائف لعشر بقين من ذي الحجة إلى آخر المحرم أو إلى شهر[٢]. وقد يستدل على نسخ الحرمة في الأشهر الحرم بقوله تعالى **﴿اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾** [التوبة ٥] وهو بناء على التجوز بلفظ حيث في الزمان، ولا شك أنه كثر في الاستعمال قوله: **(ولا يجب الجهاد على صبيّ الخ)** الوجه الظاهر أن يقال لأنه غير مكلف.

ولأن الله تعالى قال **﴿لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر﴾** إلى قوله تعالى **﴿وكلا وعد الله الحسنى﴾** وجه الاستدلال أن الله تعالى وعد القاعدين عن الجهاد الحسنى، ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق القاعد الوعيد لا الوعد. ثم الجهاد يصير فرض عين عند النفير العام على من يقرب من العدوّ وهو يقدر عليه، وأما من وراءهم فلا يكون فرضاً عليهم إلا إذا احتيج إليهم، إما لعجز القريب عن المقاومة مع العدو، وإما للتكاسل فحينئذ يفرض على من يليهم ثم وثم إلى أن يفترض على جميع أهل

بذلك الكلام، لكنه مردود فإن المأمور به وهو القتل لزم أن يكون فرضاً يكفر جاحده وواجباً لا يكفر عانده، وذا لا يقول به إلا المعتوه، بل المعلوم من قواعد الأصول أن العام إذا دخله الخصوص سواء كان فاعلاً أو مفعولاً يخرج الدليل المشتمل على ذلك العام من أن يكون قطعياً فلا يثبت به الفرضية قال المصنف: **(إلا أن يكون النفير عاماً)** أقول: أي الخروج إلى الحرب من نفر القوم في الأمر أو إلى السفر نفراً ونفيراً: أي خرجوا. قوله: **(وقوله انفروا خفافاً وثقالاً)** أقول: هذه الآية الشريفة في سورة التوبة قوله: **(ولأن النبي عليه الصلاة والسلام كان يخرج مع تخلف كثير من أهل المدينة الخ)** أقول: فيه بحث، فإن تخلفهم كان لحفظ المدينة ممن حولها من الكفار فهم أيضاً مجاهدون لكنهم ليسوا سواء الحسنى للذين خرجوا، فإن أفضل الأعمال أحمزها. والجواب أن النفر هو الخروج فتأمل قوله: **(ولأن الله تعالى قال ﴿لا يستوي القاعدون﴾ إلى آخر الآية الشريفة)** أقول: هذه الآية الشريفة في سورة النساء، وفيه بحث، فإن هذا مبني على أن يكون قوله تعالى **﴿لا يستوي﴾** الآية متأخر من حيث النزول عن قوله تعالى **﴿انفروا﴾** الآية، فإن المتقدم لا يخصص المتأخر وهو ممنوع، كيف وهو مذكور في سورة النساء المنزلة في السنة السادسة بالمدينة، وهذا في سورة التوبة التي هي آخر ما نزلت. وأيضاً لا نسلم تخلف كثير من أهل المدينة بعد نزول بعد نزول هذه الآية؛ ألا يرى ما جرى على الثلاثة الذين خلفوا من غزوة تبوك، إلى قوله تعالى **﴿ما كان لأهل المدينة ومن حولهم من الأعراب أن يتخلفوا عن رسول الله﴾** وأما القول بأن تخلف البعض لضرورة حفظ المدينة من

---

(١) متفق عليه. تقدم تخريجه في أول كتاب الزكاة، وفيه قصة مانعي الزكاة.

(٢) حصار الطائف ثابت وذلك بعد أن هزم الله عز وجل على يد نبيه ﷺ الكفار يوم حنين فهربوا إلى مساكنهم، فلحقهم المسلمون، وحاصروهم، وسيأتي تخريجه.

والعبد بغير إذن المولى) لأنه صار فرض عين. وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الأعيان كما في الصلاة والصوم، بخلاف ما قبل النفير لأن بغيرهما مقنعاً فلا ضرورة إلى إبطال حق المولى والزوج **(ويكره الجعل ما دام**

وفي الصحيحين عن ابن عمر «عرضت على رسول الله ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني في المقاتلة»[1] الحديث **(ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج)** بإن الله الذي هو صاحب الحق على حقه، ومعنى هذا الكلام أن حق السيد والزوج حق متعين بإذن الله تعالى على ذلك العبد وتلك المرأة، فلو تعلق بهما الجهاد لزم إطلاق فعله لهما، وإطلاقه يستلزم إطلاق ترك حق المولى والزوج، فلو تعلق بهم لزمه إبطال حق جعله الله متعيناً لحق لم يجعله متعيناً عليه، وهذا اللازم باطل فلا يتعلق بهم وهو المطلوب. وعلى هذا التقرير يكونون مخصوصين من العمومات لدليل مقارن وهو العقل، بخلاف ما إذا صار فرض عين لأن حقوقهم لا تظهر في حق فروض الأعيان. نعم لو أمر السيد والزوج العبد والمرأة بالقتال يجب أن يصير فرض كفاية، ولا نقول صار فرض عين لوجوب طاعة المولى والزوج حتى إذا لم يقاتل في غير النفير العام يأثم لأن طاعتهما المفروضة عليهما في غير ما فيه المخاطرة بالروح وإنما يجب ذلك على المكلفين بخطاب الربّ جلّ جلاله بذلك، والفرض انتفاؤه عنهم قبل النفير العام، وعن هذا حرم الخروج إلى الجهاد وأحد الأبوين كاره لأن طاعة كل منهما فرض عين والجهاد لم يتعين عليه كما قلنا مع أن في خصوصه أحاديث منها ما في صحيح البخاري عن عبد الله بن عمرو «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فاستأذنه، فقال: أحيّ والداك؟ قال: نعم: ففيهما فجاهد»[2] وقدمنا من صحيحه آنفاً حديث ابن مسعود وقدم فيه برّ الوالدين على الجهاد[3]. وفي سنن

الإسلام شرقاً وغرباً على هذا التدريج. وقوله: **(فأوّل هذا الكلام إشارة إلى الوجوب على الكفاية)** أراد بالأول قوله رحمه الله: الجهاد واجب، إلا أن المسلمين في سعة، إذ الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان في مجموع المستثنى والمستثنى منه إشارة إلى ذلك **(وآخره)** وهو قوله حتى يحتاج إليهم إلى النفير العام. قال: **(وقتال الكفار)** الذين امتنعوا عن الإسلام وأداء الجزية **(واجب وإن لم يبدءوا بالقتال للعمومات)** الواردة في ذلك كقوله تعالى **﴿فاقتلوا المشركين﴾** وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة **﴿كتب عليكم القتال﴾** وغيرها. فإن قيل العمومات معارضة بقوله تعالى **﴿فإن قاتلوكم فاقتلوهم﴾** فإنه يدل على أن قتال الكفار إنما يجب إذا

الأعداء حولها فهم أيضاً من المجاهدين ليسوا سواء في الحسنى للذين يجاهدون بالسفر ففيه بحث كما أشرنا، لأنه حينئذ يجب أن يخرج ما زاد على ما يندفع به تلك الضرورة مع أنه ليس كذلك على ما شهد عليه كتب السير والتواريخ قوله: **(يفرض على من يليهم ثم وثم الخ)** أقول: قوله تعالى **﴿قاتلوا الذين يلونكم من الكفار﴾** والآية تدل أن الجهاد فرض على كل من يلي الكفار من المسلمين على الكفاية فلا يسقط بقيام الروم عن أهل الهند وأهل ما وراء النهر مثلاً كما أشرنا إليه قال المصنف: **(فيفترض)** أقول: أشار بصيغة الافتعال الدالة على الكمال إلى الكمال في الفرضية وهو ما لا يسقط بفعل البعض. قوله: **(فإن قيل، إلى قوله: أجيب الخ)** أقول: هذه الآية في سورة البقرة وفيه بحث، أما في السؤال فإنه لا عبرة عندنا بمفهوم الشرط فلا تكون معارضة للعمومات، وعند القائلين به لا تعارض للمنطوق أيضاً لكونه أدنى درجة منه، وأيضاً المعلق بالشرط هو القتل عند المسجد الحرام، فإن نظم الآية الكريمة هكذا **﴿ولا تقاتلوهم عند**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦٦٤ و ٤٠٩٧ ومسلم ١٨٦٨ وأبو داود ٤٤٠٦ و ٤٤٠٧ والترمذي ١٧١١ والنسائي ٦/ ١٥٥ . ١٥٦ وابن ماجه ٢٥٤٣ وابن سعد في الطبقات ٤/ ١٤٣ والطيالسي ١٨٥٩ وأحمد ٢/ ١٧ وابن حبان ٤٧٢٧ و ٤٧٢٨ وأبو يعلى ١٦٩٥ والبيهقي ٣/ ٨٣ و ٦/ ٥٤ . ٥٥ و ٨/ ٢٦٤ و ٩/ ٢١ . ٢٢ من طرق كلهم من حديث ابن عمر وتمامه: «ثم عُرضت عليه، وأنا ابن خمس عشرة سنة، فأجازني» ورواية: «يوم الخندق، وأنا ابن خمس عشرة سنة، فأجازني».

فائدة: جاء في فتح الباري ٥/ ٢٧٨ ما ملخصه: أكثر أهل السير أن الخندق كانت في سنة خمس للهجرة، واتفقوا أن أحداً كانت سنة ثلاث.

وقال في ٧/ ٣٩٢ ما ملخصه: وعلى هذا استشكل قول ابن عمر: «عرضت يوم أحد، وأنا ابن أربعة عشر، ويوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة».

وقد أجاب عنه البيهقي، وغيره بأن مراده بخمس عشرة. أي تجاوزتها، وهو شائع مسموع في كلام العرب اهـ

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠٠٤ و ٥٩٧٢ ومسلم ٢٥٤٩ وأبو داود ٢٥٢٩ والترمذي ١٦٧١ والنسائي ٦/ ١٠ والحميدي ٥٨٥ والطيالسي ٢٢٥٤ وأحمد ٢/ ١٦٥ . ١٨٨ . ١٩٣ . ١٩٧ . ٢٢١ وابن حبان ٣١٨ و ٣٢٠ والبغوي ٢٦٣٨ والبيهقي ٩/ ٢٥ من طرق كلهم من حديث عبد الله بن عمرو ابن العاص به.

(٣) الحديث الثاني من كتاب السير رواه البخاري، وقد تقدم.

للمسلمين فيء) لأنه يشبه الأجر، ولا ضرورة إليه لأن مال بيت المال معدّ لنوائب المسلمين. قال: (فإذا لم يكن فلا بأس بأن يقوي بعضهم بعضاً) لأن فيه دفع الضرر الأعلى بإلحاق الأدنى، يؤيده «أن النبي عليه الصلاة والسلام أخذ

أبي داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: جئت أبايعك على الهجرة وتركت أبوي يبكيان، فقال: ارجع إليهما فأضحكهما كما أبكيتهما»(١) وفيه عن الخدري «أن رجلاً هاجر إلى رسول الله ﷺ من اليمن، فقال: هل لك أحد باليمن؟ قال: أبواي، قال: أذنا لك، قال: لا، قال: فارجع فاستأذنهما، فإن أذنا لك فجاهد وإلا فبرّهما»(٢) وأما الأعمى والأقطع فقال تعالى ﴿ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج﴾ [النور ٦١] وقال تعالى ﴿ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج إذا نصحوا لله ورسوله﴾ [التوبة ٩١] والمقعد الأعرج، قاله في ديوان الأدب قوله: (ويكره الجعل) يريد بالجعل هنا أن يكلف الإمام الناس بأن يقوّى بعضهم بعضاً بالسلاح والكراع وغير ذلك من النفقة والزاد (ما دام للمسلمين فيء) وهو المال المأخوذ من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية، وأما المأخوذ بقتال فيسمى غنيمة (لأنه لا ضرورة إليه ومال بيت المال معدّ لنوائب المسلمين) وهذا وجه يوجب ثبوت الكراهة على الإمام بخصوصه، والوجه الآخر وهو أن الجعل يشبه الأجرة، وحقيقة أخذ الأجرة على الطاعة حرام فما يشبهها مكروه يوجبها على الغازي وعلى الإمام كراهة تسببه في المكروه، وحقيقة الجعل ما يجعل للإنسان في مقابلة شيء يفعله. واعلم أن مقتضى النظر أن النفقة تجب في مال الغازي لأنه مأمور بعبادة مركبة من المال والبدن فتكون كالحج، وأن وجوب تجهيزهم من بيت المال على الإمام إنما هو إذا لم يقدروا على الجهاز فاضلاً عن حاجتهم وعيالهم وإن كانوا ممن يعطيهم استحقاقهم من بيت المال بعد أن

بدءوا بالقتال. أجيب بأنه منسوخ، وبيانه أن رسول الله ﷺ كان في الابتداء مأموراً بالصفح والإعراض عن المشركين بقوله: ﴿فاصفح الصفح الجميل﴾ وأعرض عن المشركين ثم أمر بالدعاء إلى الدين بالموعظة والمجادلة بالأحسن بقوله تعالى ﴿ادع إلى سبيل ربك بالحكمة﴾ الآية ثم أذن بالقتال إذا كانت البداءة منهم بقوله تعالى ﴿أذن للذين يقاتلون﴾ الآية، وبقوله ﴿فإن قاتلوكم فاقتلوهم﴾ ثم أمر بالقتال ابتداء في بعض الأزمان بقوله تعالى ﴿فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين﴾ الآية، ثم أمر بالبداءة بالقتال مطلقاً في الأزمان كلها وفي الأماكن بأسرها فقال تعالى ﴿وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة﴾ الآية ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله

المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه، فإن قاتلوكم فاقتلوهم كذلك جزاء الكافرين﴾ ولا شك أنه لا يفهم منه عدم جواز القتال فيما سوى المسجد الحرام بدون بداءتهم، وأما في الجواب فلأن ما يرفع مفهوم المخالفة ليس بناسخ عندنا نص عليه في التوضيح، ويقال شاهداً على ذلك أن النسخ هو أن يرد دليل شرعي متراخياً عن دليل شرعي مقتضياً خلاف حكمه، والمفهوم ليس بدليل شرعي فليتأمل، فإنه يمكن دفعه بارتكاب أدنى مسامحة قوله بقوله تعالى: (﴿فاصفح الصفح الجميل﴾) أقول: هذه الآية الشريفة في سورة الحجر قوله بقوله تعالى (﴿ادع إلى سبيل ربك﴾ الآية) أقول: هذه الآية الشريفة في سورة النحل قوله: (ثم أمر بالبداءة بالقتال الخ) أقول: مخالف لقوله فيما سبق، فإن الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك، ولا يبعد أن يقال الدلائل تدل على بقائه مدة بقاء الأمة، وليس فيها ما يدل على بقائها إلى يوم القيامة، بل علم ذلك من هذا الحديث وأمثاله فليتأمل. والأوجه أن يقال: مراده من قوله فيما سبق بل لبيان دوامه وبقائه إلى يوم القيامة دواماً لا يعتريه النسخ فيكون معنى قوله ليس فيها ما يدل على ذلك: أي على سد باب النسخ فتأمل قوله: (فقال ﴿وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة﴾) أقول: هذه الآية الشريفة في سورة الأنفال قوله: (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله) أقول: هذه الآية الشريفة في سورة التوبة. قال المصنف: (ولا يجب الجهاد على صبي) أقول: قال الإتقاني: أما الصبي فلا يجب عليه الجهاد لأنه مرفوع القلم، ولأن طاعة أبويه واجبة عليه، فلا تترك بما ليس بواجب انتهى. ولا يخفى عليك مناقضة قوله واجبة لقوله مرفوع القلم، إلا أن يقال: مراده بالصبي ما يعم البالغ الذي له أبوان: فالمعنى أنه مرفوع القلم إن كان غير بالغ، وإن كان بالغاً فطاعة أبويه متعينة واجبة متعينة

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٢٥٢٨ وابن حبان ٤٢٣ والبيهقي ٩/ ٢٥ . ٧٦ والحاكم ٤/ ١٥٢ كلهم من حديث ابن عمرو بن العاص وصححه الحاكم، وأقره الذهبي، وهو كما قالا نعم في إسناده عطاء بن السائب إلا أن الثوري سمع منه قبل الاختلاط. والحديث تقدم من طريق آخر.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٢٥٣٠ وابن حبان ٤٢٢ والحاكم ٢/ ١٠٣ . ١٠٤ وأحمد ٣/ ٧٥ . ٧٦ والبيهقي ٩/ ٢٦ كلهم من حديث أبي سعيد وصححه الحاكم، ورده الذهبي بقوله: دراج بن أبي السمح . واهٍ. وقد أصاب الذهبي لكن للحديث شواهد، وهي المتقدمة، فهو يرقى بها إلى درجة الحسن إن شاء الله تعالى.

دروعاً من صفوان» وعمر رضي الله عنه كان يغزي الأعزب عن ذي الحليلة، ويعطي الشاخص فرس القاعد.

يكون ذلك غير كاف للجهاز مع حاجة المقام، وأما إذا لم يكن في بيت المال فيء لا يكره أن يكلف الإمام الناس ذلك على نسبة عدل **(لأن به دفع الضرر الأعلى)** وهو تعدى شرّ الكفار إلى المسلمين **(بإلحاق)** الضرر **(الأدنى)** واستأنس المصنف لهذا بأنه ﷺ **(أخذ دروعاً من صفوان)** بن أمية **(وبأن عمر كان يغزي[1] الأعزب عن ذي الحليلة، ويعطي الشاخص فرس القاعد)** أما قصة صفوان فلا شك أن النبي ﷺ أرسل يطلب منه أدراعاً عند خروجه إلى حنين. ففي سيرة ابن إسحاق أربعمائة درع، وكان صفوان إذ ذاك على شركه، فإنه كان طلب من النبيّ ﷺ أن يسيره شهرن فقال النبيّ ﷺ: سيرتك أربعة أشهر، ثم عرض الخروج من مكة إلى حنين فأرسل يطلب ذلك، فقال: يا محمد أغصباً؟ قال: لا بل عارية مضمونة، فبعثها ثم استحمله إياها فحملها على مائتي بعير[2]. وفي مسند أحمد قال: فضاع بعضها، فعرض عليه النبي عليه الصلاة والسلام أن يضمنها، فقال: لا أنا اليوم في الإسلام أرغب. وهذا لا يطابق نفس المدعي وهو تكليف الإمام المسلمين بأن يعينوا الخارجين، ولا يفيد ذلك إلا بالالتزام، فإن ما يفعله الإمام في المتكلم فيه لا يأخذه على أن يضمنه لهم من بيت المال. نعم فيه أنه عند الحاجة يتوسل إلى الجهاد إذا لم يكن بالمسلمين قوّة بالاستعارة من أهل الذمة بشرط الضمان لهم. وأما ما عن عمر فظاهر فيه لأنّ يغزيه عنه ليس إلا أنه يأخذ الجهاز منه وإلا فهو غاز عن نفسه وإن أعطاه من بيت المال. وأما قوله يعطي الشاخص فرس القاعد فصريح فيه. والحديث رواه ابن سعد في الطبقات عن محمد بن عمر الواقدي بسنده عن عمر أنه كان يغزي عن ذي الحليلة، وليس فيه أمر الفرس. وروى ابن أبي شيبة: حدثنا حفص بن غياث عن عاصم عن أبي مجلز قال: كان عمر يغزي العزب ويأخذ فرس المقيم فيعطيه المسافر.

ولا باليوم الآخر﴾ الآية. وقوله: **(ولا يجب الجهاد على صبيّ)** ظاهر. وقوله: **(ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء)** أراد بالجعل ما يضربه الإمام للغزاة على الناس بما يتقوى به الذين يخرجون إلى الجهاد **(لأنه يشبه الأجرة)** وحقيقة الأجرة حرام فما يشبه الأجرة يكون مكروهاً. وقوله: **(يغزي الأعزب)** يقال أغزى الأمير الجيش إذا بعثه إلى العدوّ، ويقال رجل عزب بالتحريك لمن لا زوج له، وجاء في الحديث «وهو شاب أعزب» والشخوص الذهاب من بلد إلى بلد، والله أعلم.

عليه والجهاد ليس بواجب متعين عليه فليتأمل قال المصنف: **(ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق الزوج والسيد)** أقول: فيه أن الدليل خاص بمن له زوج، والظاهر أن المدعى عام فليتأمل. قال المصنف: **(ويكره الجعل الخ)** أقول: قال الإتقاني، يعني إذا كان في بيت المال كما يتقوى به الناس من الغنيمة انتهى. وصوابه من الفيء لأن مال الغنيمة الموجود في بيت المال يصرف إلى المقاتلة. قال الإمام التمرتاشي: يكره للإمام ضرب الجعل على الناس للغزاة ما دام لهم فيء لأن فيه شبهة الأجر، وإن لم يكن فلا بأس بذلك «لأنه عليه الصلاة والسلام أخذ دروعاً من صفوان من غير طيبة نفسه» وللإمام ذلك بشرط الضمان، فإذا زالت الحاجة يرد إن كان قائماً، وإلا فقيمته إلا إذا صار في بيت المال، والأولى أن يغزو المسلم بمال نفسه ثم بمال بيت المال لأنه لمصالح المسلمين انتهى قوله: **(على الناس بما يتقوى به الخ)** أقول: أي حاكماً بما يتقوى أو مكلفاً بما يتقوى.

---

(١) وقع في الأصل: يغزي، والصواب: يغزي.

(٢) صحيح لطرقه، ذكره ابن هشام في السيرة ٤/ ٤٧ . ٤٨. وحديث صفوان ورد من طرق أخرى بألفاظ متقاربة فقد أخرجه أبو داود ٣٥٦٢ والحاكم ٢/ ٤٧ والبيهقي ٦/ ٨٩ وأحمد ٣/ ٤٠١ و ٦/ ٣٦٥ كلهم من حديث أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه. وأمية هذا مجهول.

وأخرجه أبو داود ٣٥٦٣ والبيهقي ٦/ ٨٩ عن عبد العزيز بن رفيع عن أناس من آل عبد الله بن صفوان «أن رسول الله ﷺ قال: يا صفوان هل عندك من سلاح؟ قال عارية أم غصباً؟ قال: لا بل عارية. . .» الحديث بنحوه. وفي جهالة.

وأخرجه أبو داود والبيهقي والدارقطني ٣/ ٤٠ كلهم عن عطاء عن أناس من آل صفوان به، وفيه جهالة. لكن للحديث شاهد، فقد أخرجه الحاكم ٣/ ٤٨ . ٤٩ والبيهقي ٦/ ٨٩ كلاهما من حديث جابر، صححه الحاكم، ووافقه الذهبي، وهو كما قالا فيه ابن إسحق صرح بالتحديث. وأخرجه الحاكم والبيهقي من حديث ابن عباس؛ وصححه الحاكم، وسكت الذهبي، ولعله سكت من أجل كونه شاهداً، وإلا ففي إسناده إسحق بن عبد الواحد القرشي واهٍ. ورواه البيهقي عن محمد الباقر مرسلاً، وقال: وبعض هذه الأخبار، وإن كان مرسلاً، فإنه يقوى بشاهده مع ما تقدم من الموصول اهـ.

الخلاصة: حديث دروع صفوان صحيح جاء في السير ومن طرق كثيرة، فهو بمجموع طرقه صحيح إن شاء الله تعالى. وإن كان في ألفاظه اختلاف إلا أن القصة واحدة.

باب كيفية القتال

(وإذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصناً دعوهم إلى الإسلام) لما روى ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي عليه الصلاة والسلام ما قاتل قوماً حتى دعاهم إلى الإسلام» قال: (فإن أجابوا كفوا عن قتالهم) لحصول

باب كيفية القتال

لما ذكر أن القتال لازم فلا بد أن يفعله، وفعله على حد محدود شرعاً فلا بد من بيانه فشرع فيه فقال (وإذا دخل المسلمون دار الحرب) يصح أن يكون عطفاً على قوله الجهاد فرض على الكفالة عطف جملة وأن يكون واو استئناف (فحاصروا مدينة) وهي البلدة الكبيرة فعلية من مدن بالمكان أقام به (أو حصنا) وهو المكان المحصن الذي لا يتوصل إلى ما في جوفه (دعوهم إلى الإسلام) فإن لم تبلغهم الدعوة فهو على سبيل الوجوب، لأنه ﷺ أمر بذلك أمراء الأجناد، فمن ذلك ما أخرج الجماعة إلا البخاري من حديث سليمان بن بريدة عن أبيه. والألفاظ بعضهم تزيد على بعض وتختلف قال «كان رسول الله ﷺ إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله تعالى وبمن معه من المسلمين خيراً، ثم قال: اغزوا بسم الله في سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله، اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليداً، وإذا لقيت عدوّك من المشركين فادعهم إلى إحدى خصال ثلاث أو خلال، فأيتهن ما أجابوك إليها فاقبل منهم وكفّ عنهم، ثم ادعهم إلى الإسلام فإن أجابوك فاقبل منهم وكفّ عنهم، ثم ادعهم إلى التحوّل من دارهم إلى دار المهاجرين وأعلمهم إن فعلوا ذلك أن لهم ما للمهاجرين وأن عليهم ما على المهاجرين، فإن أبوا أن يتحوّلوا منها فأخبرهم أنهم يكونون كأعراب المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المؤمنين ولا يكون لهم في الفيء والغنيمة نصيب إلا أن يجاهدوا مع المسلمين، فإن هم أبوا فاسألهم الجزية، فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم، فإن أبوا فاستعن بالله وقاتلهم، وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه، ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة أصحابك فإنكم إن تخفروا ذمتكم وذمة أصحابكم خير من أن تخفروا ذمة الله وذمة نبيه، وإذا أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم فإنك لا تدري أصبت حكم الله فيهم أم لا، ثم اقضوا فيهم بعد ما

باب كيفية القتال

لما كان الأمر الأول من باب الجهاد القتال بدأ ببيان كيفيته والمدينة معروفة والحصن بكسر الحاء كل مكان محمي محرز لا يتوصل إلى ما في جوفه فالمدينة أكبر من الحصن قوله: (دعوهم إلى الإسلام) قيل لا يخلو من أن يقاتلوا قوماً بلغتهم الدعوة أو لم تبلغهم، فإن كان الثاني لا يحل القتال حتى يدعوا لقوله تعالى ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً﴾ وإن كان الأول فالأفضل ذلك، وكان النبي ﷺ إذا قاتل قوماً من المشركين دعاهم إلى الإسلام ثم اشتغل بالصلاة، وإذا فرغ جدد الدعوة ثم شرع في القتال. وقوله: (كفوا عن قتالهم) أي امتنعوا عن قتالهم أو منعوا أنفسهم عنه فكيف لازم ومتعد. وقوله: (على ما نطق به النص)

باب كيفية القتال

قال المصنف: (دعوهم إلى الإسلام) هذا في حق من لم تبلغه الرسالة، وإلا لم يتم الاستدلال بما رواه ابن عباس وصرح به أيضاً في مبسوط الإمام السرخسي ولا استدراك كما لا يخفى على المتأمل في مساق الكلام، فإن الغرض ههنا بيان أنهم إذا دخلوا دار الحرب دعوهم إلى الإسلام، فإن قبلوه كفوا عن قتالهم وإلا دعوهم إلى الجزية، فإن بذلوها كفوا أيضاً ولا يقاتلونهم، ولم يعلم منه أن ذلك بطريق الأدب أو الندب أو الوجوب فبينه أنه بطريق الوجوب بقوله ولا يجوز أن يقاتل قال المصنف: (حتى يقولوا لا إله إلا الله) أقول: فإن قيل لا يكفي قولهم لا إله إلا الله، بل لا بد من ذكر محمد رسول الله. قلنا: الجزء الأول صار علماً للمجموع، كما يقال قرأت ﴿قل هو الله أحد﴾ صرح به الكرماني في شرح البخاري.

المقصود، وقد قال ﷺ «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله» الحديث. (وإن امتنعوا دعوهم إلى أداء الجزية) به أمر رسول الله عليه الصلاة والسلام أمراء الجيوش، ولأنه أحد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص، وهذا

شئتم»[1] وفي الأحاديث في ذلك كثرة، وفي نفس هذا الحكم شهرة وإجماع، ولأن بالدعوة يعلمون أنا ما نقاتلهم على أخذ أموالهم وسبي عيالهم فربما يجيبون إلى المقصود من غير قتال فلا بد من الاستعلام. وأما حديث ابن عباس المذكور في الكتاب فرواه عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن ابن أبي نجيح عن أبيه عن ابن عباس قال: (ما قاتل رسول الله ﷺ قوماً حتى دعاهم)[2] رواه الحاكم وصححه، ولو قاتلوهم قبل الدعوة أثموا، ولكن لا غرامة بما أتلفوا من نفس ولا مال من دية ولا ضمان لأن مجرد حرمة القتل لا توجب ذلك كما لو قتلوا النساء والصبيان. وذلك لانتفاء العاصم وهو الإسلام والإحراز بدار الإسلام. وفي المحيط: بلوغ الدعوة حقيقة أو حكماً بأن استفاض شرقاً وغرباً أنهم إلى ماذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون فأقيم ظهورها مقامها انتهى. ولا شك أن في بلاد الله تعالى من لا شعور له بهذا الأمر فيجب أن المدار عليه ظن أن هؤلاء لم تبلغهم الدعوة فإذا كانت بلغتهم لا تجب ولكن يستحب. أما عدم الوجوب فلما في الصحيحين عن ابن عوف: كتبت إلى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب إليّ: إنما كان ذلك أوّل الإسلام «قد أغار رسول الله ﷺ على بني المصطلق وهم غارون وأنعامهم تسقى على الماء، فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم وأصاب يومئذ جويرية بنت الحرث» حدثني به عبدالله بن عمر وكان في ذلك الجيش[3]. وروى أبو داود وغيره عن أسامة بن زيد «أن رسول الله ﷺ كان عهد إليه فقال: أغر على أبنى صباحاً وحرّق»[4] والغارة لا تكون مع دعوة. وأبنى بوزن حبلى موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة، ويقال يُبنى بياء مضمومة آخر الحروف، وقيل اسم قبيلة وأما الاستحباب فلأن التكرار قد يجدي المقصود فينعدم الضرر الأعلى، وقيد هذا الاستحباب بأن لا يتضمن ضرراً بأن يعلم بأنهم بالدعوة يستعدون أو يحتالون أو يتحصنّون، وغلبة الظن في ذلك بما يظهر من أحوالهم كالعلم بل هو المراد. وإذا فحقيقته يتعذر الوقوف عليها، فإن أجاب المدعو أو غيره إلى الإسلام فلا إشكال، والحديث المشهور جعله غاية الأمر بالقتال حيث قال «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله»[5] (وإن امتنعوا دعوهم إلى أداء الجزية بهذا أمر عليه الصلاة والسلام أمراء الأجناد) وقد ذكرناه من حديث بريدة (ولأنه أحد ما ينتهي به القتال كما نطق به النص) قوله تعالى ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله﴾ إلى قوله سبحانه ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ وهذا إن لم يكونوا

يريد قوله تعالى ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله﴾ إلى قوله ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد﴾ قوله: (وهذا في حق من تقبل منه الجزية) ظاهر. قوله: (فنكفى) بالنون على بناء المفعول مؤنة القتال بنصب مؤنة على المفعول الثاني قوله: (للنهي) إشارة إلى ما روي «أنه ﷺ بعث علياً في سرية، وقال: لا تقاتلوهم حتى تدعوهم إلى الإسلام». وقوله: (لعدم العاصم) أي الموجب للغرامة (وهو

---

(١) صحيح. أخرج مسلم ١٧٣١ من وجوه وأبو داود ٢٦١٢ و ٢٦١٣ والترمذي ١٤٠٨ و ١٦١٧ والنسائي في الكبرى كما في التحفة ٢/ ٧١ وابن ماجه ٢٨٥٨ والدارمي ٢/ ٢١٥ . ٢١٦ . ٢١٧ وابن الجارود ١٠٤٢ وابن حبان ٤٧٣٩ والطحاوي ٣/ ٢٠٦ . ٢٠٧ والبغوي ٢٦٦٩ والبيهقي ٩/ ٦٩ . ١٨٥ . ١٨٤ وأحمد ٥/ ٣٥٢ . ٣٥٨ والشافعي ٢/ ١١٤ . ١١٥ وأبو يعلى ١٤١٣ من طرق كلهم من حديث سليمان بن بريدة عن أبيه. رووه بألفاظ متقاربة، والقصة واحدة.

(٢) موقوف جيد. أخرجه الحاكم ١/ ١٥ والطحاوي في المعاني ٣/ ٢٠٧ كلاهما من حديث ابن عباس.

وقال الحاكم: صحيح من حديث الثوري، وقد احتج مسلم بأبي نجيح، وقد روي عن علي بهذا اللفظ اهـ.

قلت: أبو نجيح اسمه يسار المكي ثقة روى له مسلم كما في التقريب. وابنه عبد الله روى له الشيخان، وهو ثقة أيضاً والثوري قد توبع، ورواه عن الثوري جماعة عند الطحاوي، فالحديث حسن أو صحيح إن شاء الله تعالى.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٢٥٤١ ومسلم ١٧٣٠ وأحمد ٢/ ٣١ ـ ٣٢ ـ ٥١ واستدركه الحاكم ١/ ١٥ لكن باختصار شديد كلهم من حديث ابن عمر.

(٤) ضعيف. أخرج أبو داود ٢٦١٦ من حديث عروة عن أسامة وفيه صالح بن أبي الأخضر ضعيف الحديث كما في التقريب، ومن هذا الوجه رواه الطحاوي في المعاني ٣/ ٢٠٨.

(٥) تقدم في كتاب الزكاة وغيره متفق عليه.

في حق من تقبل منه الجزية، ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الأوثان من العرب لا فائدة في دعائهم إلى قبول الجزية لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام، قال الله تعالى: ﴿تقاتلونهم أو يسلمون﴾ (فإن بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين) لقول علي رضي الله عنه: إنما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا، والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالإعطاء المذكور فيه في القرآن، والله أعلم (ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام إلا أن يدعوه) لقوله عليه الصلاة والسلام في وصية أمراء الأجناد «فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله» ولأنهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سلب الأموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفي مؤنة القتال، ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهي، ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الإحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان (ويستحب أن يدعو من

مرتدّين ولا مشركي العرب، فإن هؤلاء لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف على ما سيتضح (فإن بذلوها) أي قبلوها (وكذا هو المراد بالإعطاء المذكور في القرآن) بالإجماع، وقد قال عليّ: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا. والأحاديث في هذا كثيرة، بل هو من الضروريات، ومعنى حديث علي رواه الشافعي في مسنده. أخبرنا محمد بن الحسن الشيباني، أنبأنا قيس بن الربيع الأسدي عن أبان بن تغلب عن الحسن بن ميمون عن أبي الجنوب قال: قال عليّ من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا [١] وضعف الدارقطني أبا الجنوب قوله: (فإن أبوا ذلك استعانوا عليهم بالله تعالى وحاربوهم لقوله ﷺ في حديث سليمان بن بريدة «فإن أبوا ذلك فاستعن بالله عليهم وقاتلهم») [٢] وتقدم الحديث بطوله والكلام عليه. والمدمر المهلك (فيستعان بالله في كل الأمور، ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله ﷺ على أهل الطائف) على ما في الترمذي مفصلاً فإنه قال: قال قتيبة: حدثنا وكيع عن رجل عن ثور بن يزيد أن النبي ﷺ نصب المنجنيق على الطائف، قلت: لوكيع: من هذا الرجل؟ فقال: صاحبكم عمر ابن هارون [٣]. ورواه أبو داود في المراسيل عن مكحول مرسلاً، وكذا رواه ابن سعد في الطبقات، وزاد أربعين يوماً.

الدين) على مذهب الشافعي (أو الإحراز بالدار) على مذهبنا. وقوله: (مبالغة في الإنذار) لأن النبي ﷺ كان إذا قاتل قوماً من المشركين دعا ثم اشتغل بالصلاة ثم عاد بعد الفراغ جدّد الدعوة وقد قدمناه. وقوله: (أغار على بني المصْطَلق) أي أخرجهم من خبائثهم بهجومه عليهم (وهم غارون) أي غافلون وأبنى على وزن حبلى موضع بالشام، وقيل اسم قبيلة (والغارة لا تكون بدعوة) لأن فيها ستر الأمر والإسراع، لأنها اسم مصدر للإغارة التي هي مصدر أغار الثعلب أو الفرس إغارة وغارة: إذا أسرع في العدو.

قال المصنف: (والمراد بالبذل القبول) أقول: بطريق إطلاق اسم السبب على المسبب قال المصنف: (أثم للنهي) أقول: يحتمل أن يكون بناء على أن الأمر بالشيء نهي عن ضده فتأمل قال المصنف: (وعهد إلى أسامة أن يغير على أبنى صباحاً) أقول: أبنى بالضم والقصر: اسم موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة، وقيل موضع عن بلاد جهينة وهذا أقرب، إذ لم يبلغ غزواته عليه الصلاة والسلام إلى بلاد الشام في حياته قال المصنف: (لأن في الرمي الخ) أقول: هذا تعليل في مقابلة النصوص الدالة على تحريم دم المسلم بغير حق فكيف يصح. فإن قيل: تلك النصوص قد خص عنها قاطع الطريق والباغي. قلنا: ممنوع بل منسوخة في حقهما، وأيضاً هذا إنما يصح إذا علم أنا لو تركناهم استولوا على ديار المسلمين، والمدعى عام ليس له خصوص، واللازم من هذا التعليل هو جواز الرمي.

---

(١) موقوف واهٍ. أخرجه الشافعي ٢/ ١٠٥ حـ ٣٥١ والدارقطني ٣/ ١٤٨ كلاهما من طريق أبي الجنوب عن علي موقوفاً.
وقال الدارقطني: أبو الجنوب ضعيف الحديث، ووافقه الزيلعي ٣/ ٣٨١
قلت: وقد صحح عن علي في خبر الصحيفة المشهور الذي رواه البخاري وغيره، وفيه: «وأن لا يقبل مسلم بكافر» فالخبر الموقوف هذا لا شيء.
تنبيه: وقع في أثر علي في آخره: «ودينه كديننا» كذا في الأصل والصواب ما أثبته: «ديته كديتنا».
(٢) هو بعض حديث بريدة تقدم قبل خمسة أحاديث.
(٣) حسن. أخرجه الترمذي بإثر حديث ٢٧٦٢ من حديث ثور بن يزيد فذكره، وقال عن عمر بن هارون: هو مقارب الحديث اهـ.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٨٢: ورواه أبو داود في مراسيله، وابن سعد كلاهما عن مكحول مرسلاً، ورواه الواقدي في المغازي معلقاً، وأسنده العقيلي في الضعفاء من حديث علي اهـ.
فهذه الطرق يقوي بعضها بعضاً، فالحديث حسن إن شاء الله تعالى. وانظر مغازي الواقدي ٣/ ٩٢٧ ذكره مطولاً.

بلغته الدعوة) مبالغة في الإنذار، ولا يجب ذلك لأنه صح «أن النبي عليه الصلاة والسلام أغار على بني المصطلق وهم غارون. وعهد إلى أسامة رضي الله عنه أن يغير على أبني صباحاً ثم يحرق» والغارة لا تكون بدعوة. قال: **(فإن أبو ذلك استعانوا بالله عليهم وحاربوهم)** لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سليمان بن بريدة «فإن أبوا ذلك فادعهم إلى أعطاء الجزية، إلى أن قال: فإن أبوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم» ولأنه تعالى هو الناصر لأوليائه والمدمر على أعدائه فيستعان به في كل الأمور. قال: **(ونصبوا عليهم المجانيق)** كما نصب رسول الله عليه الصلاة والسلام على الطائف **(وحرقوهم)** لأنه عليه الصلاة والسلام أحرق البويرة. قال: **(وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم وأفسدوا زروعهم)** لأن في جميع ذلك إلحاق الكبت والغيظ بهم وكسرة شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعاً، **(ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر)** لأن في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام وقتل الأسير والتاجر ضرر

وذكره الواقدي في المغازي، وذكر أن الذي أشار به سلمان الفارسي **(وحرقهم لأنه عليه الصلاة والسلام أحرق البويرة)** على ما روى الستة في كتبهم عن ابن عمر قال: «حرق رسول الله ﷺ نخل بني النضير وقطعه وهي البويرة» (١): يعني أن البويرة اسم لنخل بني النضير، ولها يقول حسان بن ثابت:

وهان على سراة بني لؤي ... حريق بالبويرة مستطير

ولأن المقصود كبت أعداء الله وكسر شوكتهم وبذلك يحصل ذلك فيفعلون ما يمكنهم من التحريق وقطع الأشجار وإفساد الزرع، هذا إذا لم يغلب على الظن أنهم مأخوذون بغير ذلك، فإن كان الظاهر أنهم مغلوبون وأن الفتح باد كره ذلك لأنه إفساد في غير محل الحاجة وما أبيح إلا لها قوله: **(ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر)** بل ولو تترسوا بأسارى المسلمين وصبيانهم سواء علم أنهم إن كفوا عن رميهم انهزم المسلمون أو لم يعلموا ذلك إلا أنه لا يقصد برميهم إلا الكفار، فإن أصيب أحد من المسلمين فلا دية ولا كفارة، وعند الأئمة الثلاثة لا يجوز رميهم في صورة التترس إلا إذا كان في الكف عن رميهم في هذه الحالة انهزام المسلمين، وهو قول الحسن بن زياد، فإن رموا وأصيب أحد من المسلمين فعند الحسن بن زياد فيه الدية والكفارة، وعند الشافعي فيه الكفارة قولاً واحداً، وفي الدية قولان. وقال أبو إسحاق: إن قصده بعينه لزمه الدية علمه مسلماً أو لم يعلمه لقوله عليه الصلاة والسلام «ليس في الإسلام دم مفرج» (٢) وإن لم يقصده بعينه بل رمى إلى الصف فأصيب فلا دية عليه. وأما الأول فلأن الإقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز؛ ألا ترى أن للإمام أن لا يقتل الأساري لمنفعة المسلمين فكان تركه لعدم قتل المسلم أولى، ولأن مفسدة قتل المسلم فوق مصلحة قتل الكافر. وجه الإطلاق أمران الأول أنا أمرنا بقتالهم مطلقاً، ولو اعتبر هذا المعنى انسدّ بابه، لأن حصناً ما أو مدينة قلما تخلو عن أسير مسلم فلزم من افتراض القتال مع الواقع من عدم خلوّ مدينة أو حصن عادة إهدار اعتبار وجوده فيه، وصار كرميهم مع العلم بوجود أولادهم ونسائهم فإنه يجوز إجماعاً مع العلم

وقوله: **(البويرة)** على وزن الدويرة مصغر الدار والكبت هو الذل والهوان. وقوله: **(وإن كان فيهم أسير مسلم أو تاجر)** رد لما قاله الحسن بن زياد أنه إذا علم أن فيهم مسلماً وأنه يتلف بهذا الصنع لم يحل له ذلك لأن الإقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز؛ ألا يرى أن للإمام أن لا يقتل الأسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم أولى من هذا الوجه **(وقلنا في رميهم دفع الضرر العام بالذبّ عن بيضة الإسلام)** أي مجتمعة للشبه المعنوي بينها وبين بيضة النعامة وغيرها، لأن البيضة مجتمع الولد **وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص)** وإذا اجتمعا يقدم دفع الضرر العام على الخاص **(ولأنه قلما يخلو حصن من حصونهم عن**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٨٨٤ ومسلم ١٧٤٦ وأبو داود ٢٦١٥ والترمذي ٣٣٠٢ وابن ماجه ٢٨٤٤ كلهم من حديث ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ حرّق نخل بني النضير، وهي البُوَيْرة، فأنزل الله تعالى (ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله وليُخزي الفاسقين)...» هذا لفظ البخاري وغيره.

(٢) غريب. لم أعثر عليه فيما بين يدي من المراجع والمصادر. فليحرر.

خاص، ولأنه قلما يخلو حصن عن مسلم، فلو امتنع باعتباره لا نسد بابه **(وإن تترسوا بصبيان المسلمين أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم)** لما بيناه **(ويقصدون بالرمي الكفار)** لأنه إن تعذر التمييز فعلاً فلقد أمكن قصداً والطاعة بحسب الطاقة، وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة لأن الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض. بخلاف حالة

بوجود من لا يحل قتله فيهم واحتمال قتله وهو الجامع، غير أن الواجب أن لا يقصد بالرمي إلا الكافر لأن قصد المسلم بالقتل حرام، بخلاف ما إذا لم يفترض وهو ما إذا فتحت البلدة. قال محمد: إذا فتح الإمام بلدة ومعلوم أن فيها مسلماً أو ذمياً لا يحل قتل أحد منهم لاحتمال كونه ذلك المسلم أو الذمي، إلا أنه قال: ولو أخرج واحداً من عرض الناس حلّ إذن قتل الباقي لجواز كون المخرج هو ذاك فصار في كون المسلم في الباقين شك، بخلاف الحالة الأولى فإن كون المسلم أو الذمي فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق الثاني أن فيه دفع الضرر العام بالذبّ عن بيضة الإسلام بإثبات الضرر الخاص وهو واجب، ثم إن المصنف أحال وجه مسئلة الترس على وجهي مسئلة ما إذا كان فيهم أسير مسلم حينئذ أو تاجر. وقد يقال إن سلم أنه لا يخلو أهل حصن عن تاجر أو أسير، فإطلاق افتراض القتال إهدار لاعتباره مانعاً فلا نسلم أنه لا يخلو أهل حصن أن يتترسوا بالمسلمين ليكون إطلاق الافتراض إهداراً لحرمة الرمي، فإن المشاهدة نفته فوجب أن يتقيد بما إذا لم يكن طريقاً إلى قتل المسلم غالباً. وأما قوله إنه دفع الضرر العام بإلحاق الضرر الخاص فقد يقال إن ذلك عند العلم بانهزام المسلمين لو لم يرم وحل الرمي عند ذلك لم يتقيد به. واعلم أن المراد أن كل قتال مع الكفار هو دفع الضرر العام بالذبّ عن بيضة الإسلام: أي مجتمعهم، وإن لم يحصل فيه الظفر تضرر المسلمون كلهم وهو محل تأمل، وبتقديره هو ضرر خفيف أشد منه قتل المسلم في غالب الظن، وإنما يكون الضرر العام مقدماً على هذا إذا كان فيه هزيمتهم ونحوها. فإن قيل: فلم لم يغرم الدية إذا أصيب مسلم مع قوله عليه الصلاة والسلام «ليس في الإسلام دم مفرج»[1] أي مهدر. أجيب بأنه عام مخصوص بالبغاة وقطاع الطريق وغيرهم فجاز تخصيصه بالمعنى، وهو ما ذكر من

مسلم) أسير أو تاجر **(فلو امتنع)** عن الرمي **(باعتباره لا نسد بابه)** أي باب الجهاد. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لأن في الرمي دفع الضرر العام الخ. وقوله: **(وما أصابوه منهم لادية عليهم ولا كفارة)** يعني عندنا. وقال الحسن بن زياد؛ وهو قول الشافعي فيه الدية والكفارة لأن هذا هو عين صورة قتل الخطإ لأنه يقصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم. والجواب أنه إذا كان عالماً بحقيقة حال من يصيبه عند الرمي لم يكن فعله خطأ بل كان مباحاً محضاً، ولا دية ولا كفارة فيه. ولنا أن الجهاد فرض وكل ما هو فرض **(فالغرامات لا تقرن به)** لأن الفرض مأمور به لا محالة، وسبب الغرامات عدوان محض منهي عنه وبينهما منافاة. فإن قيل: هذا تعليل في معارضة قوله ﷺ «ليس في الإسلام دم مفرج» أي مهدر، والتعليل في مقابلة النص باطل. أجيب بأنه عام خص منه البغاة وقطاع الطريق فتخص صورة النزاع بما قلناه، وفيه نظر لأن القران شرط وهو ممنوع، وأقول: قوله عليه الصلاة والسلام

قال المصنف: **(ولأنه قلما يخلو، إلى قوله: لا نسد بابه)** أقول: وفيه نظر، فإن ابن زياد إنما لم يجوز الرمي إذا علم أن فيهم مسلماً وعلم أنه يتلف بهذا الصنع، ولا شك في أن العلم بهما لو كان لكان في غاية الندرة فمن أين يلزم انسداد باب الجهاد قال المصنف: **(وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة)** أقول: قوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ الآية يوجب القود إذا أصابوا منهم عمداً، وقوله تعالى ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾ الآية يوجب الكفارة، والدية إذا كانت الإصابة خطأ والتعليل في مقابلتهما ينبغي أن لا يقبل فما الوجه قوله: **(والجواب أنه إذا كان الخ)** أقول: فيه نظر لأنه لا يجوز أن يراد من العلم القصد لما مر من قوله في المتن ويقصدون بالرمي الكفار وحينئذ فيراد من العلم حقيقته، ولم يقل أحد بأن عدم العلم بالمصاب شرط في تحقق الخطأ، فإنهم قالوا الخطأ على نوعين: خطأ في القصد وهو أن يرمي شخصاً يظنه صيداً فإذا هو آدمي أو يظنه حربياً فإذا هو مسلم، وخطأ في الفعل وهو أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً، ولا شك أن ما نحن فيه هذا القبيل، ولو كان كما قال للزم أن من رأى إنساناً وعلمه ثم رمى غرضاً غير قاصد ذلك الإنسان فأصابه أن لا يكون فعله خطأ ولم يقل به أحد قوله: **(ولنا أن الجهاد فرض، إلى قوله: منهي عنه)** أقول: منقوض بأكل مال الغير حالة المخمصة، فإنه ليس عدواناً منهياً عنه مع أنه سبب للغرامات، والجواب بأنه مرخص وهو منهي عنه في الأصل لا يفيد لأن قتل المسلم أيضاً كذلك قوله: **(وما نحن فيه ليس بدار الإسلام)** أقول: يرد عليه ما لو كانوا بدار الإسلام وتترسوا فإنه لا يخلو إما أن يكون الحكم واحداً أو لا، فإن كان الأول

---

(١) تقدم في الذي قبله.

المخمصة لأنه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من إحياء نفسه. أما الجهاد فمبني على إتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان. قال: (ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كانوا عسكراً عظيماً يؤمن عليه) لأن الغالب السلامة والغالب كالمتحقق (ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها) لأن فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة

قوله لأن الفروض لا تقرن بالغرامات كما ذكرنا فيما لو مات من عزّره القاضي أو حدّه أنه لا دية فيه لأن القضاء بذلك فرض عليه فلا يتقيد بشرط السلامة وإلا امتنع عن الإقامة (بخلاف) المضطر (حالة المخمصة لأنه لا يمتنع) عن الأكل (مخافة الضمان) لأن في الامتناع هلاك نفسه والضمان أخفّ عليه من هلاكها فلا تمتنع (أما الجهاد فمبني على إتلاف نفسه فيمتنع حذاره) واعلم أن المذهب عندنا في المضطر أنه لا يجب عليه أكل مال الغير مع الضمان فلم يكن فرضاً، فهو كالمباح يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق فلا حاجة إلى الفرق بينه وبين افتراض الجهاد في نفي الضمان قوله: (ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كانوا عسكراً عظيماً يؤمن عليه لأن الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق، ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لأن فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة، وتعريض المصاحف على الاستخفاف) منهم لها. قال المصنف (وهو التأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو»)[1] وهذا الحديث رواه الستة إلا الترمذي، من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر. وقوله وهو التأويل الصحيح احتراز عما ذكر فخر الإسلام عن أبي الحسن القمي والصدر الشهيد عن الطحاوي أن ذلك إنما كان عند قلة المصاحف كي لا ينقطع عن أيدي الناس، وأما اليوم فلا يكره. أما التأويل الصحيح فما ذكره المصنف وهو منقول عن مالك راوي الحديث، فإن أبا داود وابن ماجه زادا بعد قوله إلى أرض العدو، قال مالك: أري ذلك مخافة أن يناله العدو. والحق أنها من قول النبي ﷺ على ما أخرجه مسلم وابن ماجه عن الليث عن نافع عن ابن عمر عن النبيّ ﷺ «أنه كان ينهي أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدوّ ويخاف أن يناله العدوّ»[2] وأخرجه مسلم عن أيوب السختياني عن

«ليس في الإسلام» معناه في دار الإسلام، وما نحن فيه ليس بدار الإسلام وقوله: (بخلاف حالة المخمصة) جواب عما قاس عليه الحسن، وقال: إطلاق الرمي لضرورة إقامة الجهاد لا ينفي الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة يطلق لمكان الضرورة ويجب الضمان. وتقرير الجواب أن الجائع يقدم على التناول عند دفع الخطر وإن كان فيه ضمان (لما فيه من إحياء نفسه) وهو منفعة عظيمة يتحمل بسببها ضرر الضمان (أما الجهاد فمبني على إتلاف النفس) أي نفس سواد الكفار وقد يكون فيها مسلم، فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن الجهاد الذي هو فرض وذلك لا يجوز، كما لا يجوز إيجاب الدية والكفارة على الإمام فيما إذا مات الزاني البكر من الجلد لئلا يمتنع القاضي عن تقلد القضاء، ويجوز أن يكون معناه الجهاد مبني على إتلاف النفس مطلقاً لأن المجاهد إما أن يقتل وقد يصادف المسلم أو يقتل، فلو ألزمنا الضمان امتنع عن الجهاد الفرض لكونه خاسراً في كلتا الحالتين، بخلاف ما إذا لم يضمن. وقوله: (حذار الضمان) منصوب على المفعول له. وقوله: (ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف) كلامه واضح سوى ما ننبه عليه. السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار. وعن أبي حنيفة رضي الله عنه: أقل السرية مائة.

فظاهر، وإن كان الثاني فلا شك أن الدليل المذكور وهو قوله لأن في الرمي دفع الضرر العام الخ موجود فيلزم تخلف المدلول عن الدليل. ويمكن أن يجاب عنه بأنهم إنما يمكنهم التترس إذا كانوا في المدينة ونحوها، أما إذا كانوا في الصحراء، فلا لإمكان الهجوم عليهم ومصافتهم فلا يمكنهم ذلك، لكن لا يتأتى هذا فيما إذا تغلبوا على حصن ونحوه من دار الإسلام بحيث لم يصر دار حرب عند أبي حنيفة، ثم يقال الحذف خلاف الأصل فلا يصار إليه إلا عند الضرورة من دلالة القواطع على خلافه. قوله: (جواب عما قاس عليه الحسن وقال إطلاق الرمي لضرورة الخ) أقول: الظاهر أن هذا الكلام إلزامي، وإلا فالحسن لا يجوز الرمي فتأمل.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٩٩٠ ومسلم ١٨٦٩ حـ ٩٢ ومالك ٢/ ٤٤٦ وأحمد ٢/ ٧ ـ ٦٣ وأبو داود ٢٦١٠ وابن ماجه ٢٨٧٩ وابن حبان ٤٧١٥ كلهم من طريق مالك عن نافع عن ابن عمر به.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٨٦٩ حـ ٩٣ وابن ماجه ٢٨٨٠ كلاهما من طريق الليث عن نافع عن ابن عمر به.

وتعريض المصاحف على الاستخفاف فإنهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين، وهو التأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو». ولو دخل مسلم إليهم بأمان لا بأس بأن يحمل معه المصحف إذا كانوا قوماً يفون بالعهد لأن الظاهر عدم التعرض، والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لإقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة، فأما الشواب فمقامهن في البيوت أدفع للفتنة، ولا يباشرن القتال لأن يستدل به على ضعف المسلمين إلا عند

نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ «لا تسافروا بالقرآن فإني لا آمن أن يناله العدو»(١) وفي رواية لمسلم «فإني أخاف» فلذا حكم القرطبي والنووي بأنها من قول النبي ﷺ وغلّطا من زعم أنها من قول مالك، وقد يكون مالك لم يسمعها فوافق تأويله أو شك في سماعه إياها. وفي فتاوى قاضيخان: قال أبو حنيفة: أقل السرية أربعمائة وأقل العسكر أربعة آلاف. وفي المبسوط: السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار انتهى. وكأن المراد من شأنهم ذلك وإلا فقد لا يكمنون، وكأنه مأخوذ من السرى وهو السير ليلاً فكان الأولى أن يقال بعد قوله يؤمن عليه، ويكره إخراجه فيما ليس كذلك. فإن الانتقال من العسكر العظيم إلى السرية طفرة كبيرة ليست مناسبة؛ والذي يؤمن عليه في توغله في دار الحرب ليس إلا العسكر العظيم. وينبغي كونه اثني عشر ألفاً لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال «لن يغلب اثنا عشر ألفاً من قلة»(٢) وهو أكثر ما روي فيه هذا باعتباره أحوط، وهذا ظاهر مذهبنا، ومذهب الشافعي ومذهب مالك إطلاق المنع أخذا بإطلاق الحديث. قال القرطبي: لا فرق بين الجيش والسرايا عملاً بإطلاق النص، وهو وإن كان نيل العدوّ له في الجيش العظيم نادراً فنسيانه وسقوطه ليس بنادر، وأنت علمت أن العلة المنصوصة لما كانت مخافة نيله فيناط بما هو مظنته فيخرج الجيش العظيم، والنسيان والسقوط نادر مع الاهتمام والتشمر للحفظ الباعث عليه، وذلك أن حمله لا يكون إلا ممن يخاف نسيان القرآن فيأخذه لتعاهده فيبعد ذلك منه وكتب الفقه أيضاً كذلك، ذكره في المحيط معزّوا إلى السير الكبير فكتب الحديث أولى، ثم الأولى في إخراج النساء العجائز للطب والمداواة والسقي دون الشواب، ولو احتيج إلى المباضعة فالأولى إخراج الإماء دون الحرائر (ولا يباشرن القتال لأنه يستدل به على ضعف المسلمين إلا عند

وقال محمد في السير الكبير: أفضل ما يبعث في السرية أدناه ثلاثة، ولو بعث بما دونه جاز. وقال الحسن بن زياد من قول نفسه: أقل السرية أربعمائة، وأقل الجيش أربعة آلاف. وقوله: (وهو التأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو») رواه ابن عمر، وأما قيد التأويل بالصحيح احترازاً عما قال أبو الحسن القمي: النهي كان في ابتداء الإسلام عند قلة

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٨٦٩ ح ٩٤ من طريق أيوب به. ورواه مسلم من وجه آخر ح ٩٤ وكذا رواه عبد الرزاق ٩٤١٠ والطيالسي ١٨٥٥ وأحمد ٢/ ٦، ١٠، ٥٥ والحميدي ٦٩٩ والبيهقي ٩/ ١٠٨ والبغوي ١٢٣٣ من طرق كلهم من حديث ابن عمر. وأخرجه كذلك ابن حبان ٤٧١٦ وأحمد ٢/ ١٢٨ وابن أبي داود في المصاحف ص ٢٠٩ من طريق ابن دينار عن نافع عن ابن عمر.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٢٦١١ والترمذي ١٥٥٥ والدارمي ٢/ ٢١٥ وعبد الرزاق ٩٦٩٩ وابن خزيمة ٢٥٣٨ وابن حبان ٤٧١٧ والحاكم ١/ ٤٤٣ و ٢/ ١٠١ والطحاوي في المشكل ١/ ٢٣٨، ٢٣٩ وأبو يعلى ٢٧١٤ وأحمد ١/ ٢٩٩، ٢٩٤ والبيهقي ٩/ ١٥٦ من طرق عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله عن ابن عباس مرفوعاً، وصدره: «خير الصحابة أربعة، وخير السرايا أربع مائة، وخير الجيوش أربعة آلاف، ولن يغلب اثنا عشر ألفاً من قلة»

قال الترمذي: حسن غريب لا يسنده كبير أحد غير جرير بن حازم، وإنما روي عن الزهري مرسلاً.

وقال الحاكم: صحيح على شرطهما، ولم يخرجاه لخلاف الناقلين فيه عن الزهري. ووافقه الذهبي على كلامه.

وقال البيهقي: تفرد بوصله جرير، وتعقبه ابن التركماني بأن جريراً ثقة، وقد زاد في الإسناد، فيقبل قوله، وقد توبع اهـ

قلت: تابع جرير ابن حازم على وصله عن الزهري يونس وذلك في رواية الدارمي ٢/ ٢١٥ وتابعهما عقيل على الزهري في رواية للدارمي ٢/ ٢١٥ وأحمد ١/ ٢٩٩ وأبو يعلى ٢٧١٤

والطحاوي ١/ ٣٣٩ عن يونس عن عقيل عن الزهري به وأما الذي رواه مرسلاً فإنما هو عبد الرزاق ٩٦٩٩ والطحاوي في رواية ١/ ٣٣٩ من المشكل كلاهما من طريق عقيل عن الزهري مرسلاً.

قلت: وجرير بن حازم أثبت من عقيل، وقد تبع على وصله. فالحديث حسن في أقل مراتبه بل هو صحيح إن شاء الله تعالى.

ضرورة، ولا يستحب إخراجهن للمباضعة والخدمة، فإن كانوا لا بد مخرجين فبالإماء دون الحرائر **(ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ولا العبد إلا بإذن سيده)** لما بينا **(إلا أن يهجم العدوّ على بلد للضرورة)** وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تغلو ولا تغدروا ولا تمثلوا» والغلول: السرقة من المغنم، والغدر:

الضرورة) وقد قاتلت أم سليم يوم خيبر وأقرها عليه الصلاة والسلام حيث قال «لمقامها خير من مقام فلان وفلان» يعني بعض المنهزمين قوله: **(ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ولا العبد إلا بإذن سيده لما بينا)** من تقدم حق الزوج والمولى **(إلا أن يهجم العدو)** على ما تقدم قوله: **(وينبغي للمسلمين)** أي يحرم عليهم أن يغدروا أو يغلوا أو يمثلوا، والغلول السرقة من الغنيمة، والغدر الخيانة ونقض العهد قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تغلو الخ»)** تقدم في حديث بريدة، وقوله عليه الصلاة والسلام «ولا تمثلوا»[١] أي المثلة، يقال مثلت بالرجل بوزن ضربت أمثل به بوزن أنصر مثلاً ومثلة إذا سوّدت وجهه أو قطعت أنفه ونحوه، ذكره في الفائق. وقول المصنف **(والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول)** وقد اختلف العلماء في ذلك؛ فعندنا والشافعي منسوخة كما ذكر قتادة في لفظ في الصحيحين بعد رواية حديث العرنيين قال: فحدثني ابن سيرين أن ذلك كان قبل أن تنزل الحدود[٢]. وفي لفظ للبيهقي قال أنس: «ما خطبنا رسول الله ﷺ بعد ذلك خطبة إلا نهى فيها عن المثلة». وقال أبو الفتح اليعمري في سيرته: من الناس من أبى ذلك، إلى أن قال: وليس فيها يعني آية الحرابة أكثر مما يشعر به لفظة إنما من الاقتصار في حد الحرابة على ما في الآية. وأما من زاد على الحرابة جنايات أخر كما فعل هؤلاء كما روى ابن سعد في خبرهم «أنهم قطعوا يد الراعي ورجله وغرزوا الشوك في لسانه وعينيه حتى مات» فليس في الآية ما يمنع من التغليظ عليهم والزيادة في عقوبتهم فهذا ليس بمثلة، والمثلة ما كان ابتداء على غير جزاء، وقد جاء في صحيح مسلم «إنما سمل النبيّ ﷺ أعينهم لأنهم سملوا أعين الرعاء»[٣] ولو أن شخصاً جنى على قوم جنايات في أعضاء متعددة فاقتص منه لما كان التشويه الذي حصل له من المثلة. وقال: ذكر البغوي في سبب نزولها: يعني آية الجزاء سبباً آخر، وإذا اختلفت في سبب نزول الآية الأقوال وتطرق إليها الاحتمال فلا نسخ. وحاصل هذا القول أن المثلة بمن مثل جزاء ثابت لم ينسخ، والمثلة بمن استحق القتل لا عن مثلة لا تحل لا أنها منسوخة لأنها لم تشرع أولاً لأن ما وقع للعرنيين كان جزاء تمثيلهم بالراعي، ولا شك أن قوله «لا تمثلوا»[٤] على ما تقدم من رواية الجماعة ونحوها إما أن يكون متأخراً عن مثلة العرنيين فظاهر نسخها أو لا يدري فيتعارض محرم ومبيح خصوصاً والمحرم قول فيتقدم المحرم، وكلما تعارض نصان وترجح أحدهما تضمن

المصاحف، وكذا روي عن الطحاوي. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله في الباب السابق لتقدم حق المولىّ والزوج. وقوله: **(إلا أن يهجم)** استثناء من قوله لا تقاتل: يعني عند الضرورة يقاتلون لأن الجهاد حينئذ يصير فرض عين ولا يظهر حق المولى والزوج عنده. وقوله: **(والمثلة المروية)** يقال مثلت بالرجل أمثل به مثلاً ومثلة إذا سودت وجهه أو قطعت وما أشبه ذلك، وقصة مثلة العرنيين مشهورة وقد انتسخت بالنهي المتأخر. روى عمران بن الحصين «أن رسول الله ﷺ ما قام فينا خطيباً بعد ما مثل بالعرنيين

قال المصنف: **(ولا تقاتل المرأة الخ)** أقول: الظاهر أن هذا مستدرك، إذ قد علم من قوله ولا يباشرن القتال جواز مقاتلة المرأة بإذن زوجها أو لا. والجواب أن قوله ولا يباشرن القتال من كلام نفسه، وهذا من كلام المصنف.

---

(١) تقدم قبل ورقات بل هو الحديث الأول في هذا الباب

(٢) تقدم خبر العرنيين مستوفياً في باب قطع الطريق.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٧١ حـ ١٤ وابن حبان ٤٤٧٤ والبيهقي ٨/ ٦٢ كلهم من حديث أنس بهذا اللفظ. وبوب به ابن حبان حيث قال: «إنما سَمَرَ أعينهم لأنهم سمروا أعين الرعاء»

(٤) هذا بعض حديث بريدة رواه الجماعة وقد تقدم في أول الفصل.

الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي هو المنقول (ولا يقتلوا امرأة ولا صبياً ولا شيخاً فانياً ولا مقعداً ولا أعمى لأن المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم)، ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف. والشافعي رحمة الله تعالى عليه يخالفنا في الشيخ الفاني والمقعد والأعمى لأن

الحكم بنسخ الآخر، ورواية أنس صريح فيه [(١)]. وأما من جنى على جماعة جنايات متعددة ليس فيها قتل بأن قطع أنف رجل وأذني رجل وفقأ عين آخر وقطع يد آخر ورجل آخر فلا شك في أنه يجب القصاص لكل واحد أداء لحقه، لكنه يجب أن يستأني بكل قصاص بعد الذي قبله إلى أن يبرأ منه وحينئذ يصير هذا الرجل ممثلاً به: أي مثلة ضمناً لا قصداً، وإنما يظهر أثر النهي والنسخ فيمن مثل بشخص حق قتله، فمقتضى النسخ أن يقتل به ابتداء ولا يمثل به، ثم لا يخفى أن هذا بعد الظفر والنصر، أما قبل ذلك فلا بأس به إذا وقع قتالاً كمبارز ضرب فقطع أذنه ثم ضرب ففقأ عينه فلم ينته فضرب فقطع أنفه ويده ونحو ذلك قوله: **(ولا يقتلوا امرأة ولا صبياً)** أخرج الستة إلا النسائي عن ابن عمر رضي الله عنهما «أن امرأة وجدت في بعض مغازي رسول الله ﷺ مقتولة فنهى عن قتل النساء والصبيان» [(٢)]. وأخرج أبو داود عن أنس أن رسول الله ﷺ قال «انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله، لا تقتلوا شيخاً فانياً ولا طفلاً ولا صغيراً ولا امرأة، ولا تغلوا وضموا غنائمكم وأصلحوا وأحسنوا إن الله يحبّ المحسنين» [(٣)] وفيه خالد بن الفزر، قال ابن معين: ليس بذاك، وأما معارضته بما أخرج أبو داود عن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ «اقتلوا الشيوخ المشركين واستبقوا شرخهم» [(٤)]، فأضعف منه ثم على أصول كثير من الناس لا معارضة بل يجب أن تخص الشيوخ بغير الفاني، فإن المذكور في ذلك الحديث الشيخ الفاني ليخص العام مطلقاً بالخاص. نعم يعارض ظاهراً بما أخرج الستة عن الصَّعب بن جَثَّامة «أنه سأل رسول الله ﷺ عن أهل الدار من المشركين يبيتون فيصاب من ذراريهم ونسائهم. فقال عليه الصلاة والسلام: هم منهم» وفي لفظ «هم من آبائهم» [(٥)] فيجب دفعاً للمعارضة حمله على مورد السؤال وهم المبيتون، وذلك أن فيه ضرورة عدم العلم والقصد إلى الصغار بأنفسهم، لأن التبييت يكون معه ذلك والتبييت هو

إلا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة» فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تأكيد الحرمة. وقوله: **(ولا شيخاً فانياً)** قال في الذخيرة: هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين ولا يقدر على الإحبال ولا يكون من أهل الرأي والتدبير، أما إذا كان يقدر على ذلك يقتل لأنه بقتاله محارب وبصياحه محرّض على القتال

---

(١) أي بأنه ﷺ سمر أعينهم لأنهم سمروا أعين الرعاء فهو قصاص لا مثلة، وحدث أنس تقدم قبل حديث واحد.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠١٤ و ٣٠١٥ ومسلم ١٧٤٤ وأبو داود ٢٦٦٨ والترمذي ١٥٦٩ والنسائي في السير كما في تحفة الأشراف ٦/ ١٩٦ والدارمي ٢/ ٢٢٢ وأبو عوانة ٤/ ٩٤ ومالك ٢/ ٦ وابن أبي شيبة ١٢/ ٣٨١ والشافعي ٢/ ١٠٣ وأحمد ٢/ ٣٤. ٧٥. ٧٦ والطحاوي في المعاني ٣/ ٢٢١. ٢٢٠ وابن حبان ١٣٥ و ٤٧٨٥ والبيهقي ٩/ ٧٧ والطبراني ١٣٤١٦ والبغوي ٢٦٩٤ من طرق كلهم من حديث ابن عمر.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٢٦١٤ من حديث أنس وفي إسناده خالد بن الفِزْر مقبول كما في التقريب وبقية رجاله ثقات رجال مسلم وله شواهد، فالحديث حسن، ومن هذا الوجه رواه البيهقي ٩/ ٩٠.

(٤) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٦٧٠ من حديث. حجاج حدثنا قتادة عن الحسن عن سمرة مرفوعاً به وله علل ثلاث: ضعف الحجاج بن أرطاة. قال الحافظ في التقريب: صدوق كثير الخطاء والتدليس اهـ.
وقتادة مدلس، وقد عنعنه، وكذا الحسن مختلف في سماعه من سمرة، وهو مدلس، وقد عنعنه.
والشَّرْخُ: الأصل والعِرْقُ وأول الشباب اهـ قاموس. وهذا هو المراد بالحديث والله تعالى أعلم، وسيأتي بعد أحاديث

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠١٢ ومسلم ١٧٤٥ وأبو داود ٢٦٧٢ والترمذي ١٥٧٠ وابن ماجه ٢٨٣٩ والشافعي ٢/ ١٠٣ والحميدي ٧٨١ وابن أبي شيبة ١٢/ ٣٨٨ وأحمد ٤/ ٣٧. ٣٨. ٧١. ٧٢. ٧٣ وابن الجارود ١٠٤٤ والطحاوي في المعاني ٣/ ٢٢٢ وابن حبان ١٣٦ و ١٣٧ وأبو عوانة ٤/ ٩٥. ٩٦. ٩٧ والطبراني ٧٤٤٧ و ٧٤٤٨ و ٧٤٥٠ و ٧٤٥١ و ٧٤٥٢ و ٧٤٥٣ وعبد الرزاق ٩٣٨٥ من طرق كلهم من حديث الصُّعْب بن جَثَّامة. بفتح الجيم وتشديد الثاء مع الفتح. وكرره ابن حبان ٤٧٨٦ و ٤٧٨٧

المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا، وقد صح «أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذراري» «وحين رأى رسول الله ﷺ امرأة مقتولة قال: هاه، ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت؟» قال: **(إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب أو تكون المرأة ملكة)** لتعدي ضررها إلى العباد، وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعاً لشرّه، ولأن

المسمى في عرفنا بالكبسة[1]، وما الظن إلا أن حرمة قتل النساء والصبيان إجماع. وأما الحديث الذي ذكر المصنف أنه عليه الصلاة والسلام رأى امرأة مقتولة فهو ما رواه أبو داود والنسائي عن أبي الوليد الطيالسي عن عمر بن المرقع بن صيفي: حدثني أبي عن جده رباح بن الربيع بن صيفي قال «كنا مع النبي ﷺ في غزوة، فرأى الناس مجتمعين على شيء فبعث رجلاً فقال: انظر علام اجتمع هؤلاء؟ فجاء رجل فقال: امرأة قتيل، فقال: ما كانت هذه تقاتل، وعلى المقدمة خالد بن الوليد، فبعث رجلاً فقال: قل لخالد لا تقتلن ولا عسيفاً»[2]. وأخرجه النسائي أيضاً وابن ماجه عن المغيرة بن عبد الرحمن عن أبي الزناد عن المرقع، وكذا أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك، وفي لفظه فقال «هاه ما كانت هذه تقاتل» ثم قال: وهكذا رواه المغيرة بن عبد الرحمن وابن جريج عن أبي الزناد فصار الحديث صحيحاً على شرط الشيخين[3].

وهاه كلمة زجر، والهاء الثانية للسكت. وإذا ثبت فقد علل القتل بالمقاتلة في قوله «ما كانت هذه تقاتل»[4] فثبت ما قلنا من أنه معلول بالحرابة فلزم قتل ما كان مظنة له، بخلاف ما ليس إياه، وبمنع قتل النساء والصبيان أو يابس الشق ونحوه يبطل كون الكفر من حيث هو كفر علة أخرى، وإلا لقتل هؤلاء وهو المراد بقول المصنف **(والحجة عليه)** أي على الشافعي **(ما بيناه)** يعني من عدم قتل يابس الشق، لكن هذا الإلزام على أحد القولين له، فإنه ذكر في شرح الوجيز وفي الشيوخ والعميان والضعفاء والزمنى ومقطوعي الأيدي والأرجل قولان: في قول يجوز قتلهم، وبه قال أحمد في رواية لعموم ﴿فاقتلوا المشركين﴾ [التوبة ٥] وروي عنه عليه الصلاة والسلام «اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم»[5]، ولأنهم كفار والكفر مبيح للقتل. وفي قول لا يجوز، وبه قال أبو حنيفة ومالك وذكر ما ذكرناه من

وبالإحبال يكثر المحارب، وقوله: **(لأن المبيح عنده)** أي للقتال هو **(الكفر)** وعندنا هو الحراب. وقوله: **(ما بينا)** إشارة إلى قوله ولهذا لا يقتل يابس الشق وهو المفلوج. قيل والمراد بالذراري هنا النساء. وقوله: **(هاه)** كلمة تنبيه ألحقت بآخرها هاء السكت

---

(١) هذه العبارة تستعملها العامة حتى يومنا، والمراد بها المباغتة.

وذكر ابن حبان أن الحديث منسوخ بحديث ابن عمر في النبي عن قتل الصبيان والنساء.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٢٦٦٩ والنسائي في الكبرى كما في تحفة الأشراف ٣/ ١٦٦ وابن ماجه ٢٨٤٢ وسعيد بن منصور ٢٦٢٣ وأحمد ٣/ ٣٨٨ و ٤/ ٣٤٦ و ١٧٨ وابن حبان ٤٧٨٩ والطبراني ٤٦٢١ و ٤٦٢٢ والبيهقي ٩/ ٨٢ وأبو يعلى ١٥٤٦ من طرق كلهم عن المرقَّع بن صيفي عن جده رباح بن الربيع قال... فذكره. وإسناده صحيح رجاله رجال الصحيح غير المرقَّع، فقد روى له أصحاب السنن، وقال الحافظ في التقريب: صدوق. وصححه الحاكم على شرطهما! ووافقَهُ الذهبي!. وأخرجه عبد الرزاق ٩٣٨٢ وابن أبي شيبة ١٢/ ٣٨٢ وأحمد ٤/ ١٧٨ وابن ماجه ٢٨٤٢ وابن حبان ٤٧٩١ والطحاوي في المعاني ٣/ ٢٢٢ والطبراني ٣٤٨٩ والنسائي في الكبرى كما في تحفة الأشراف ٣/ ٨٦ من طريق الثوري عن أبي الزناد عن المرقَّع عن حنظلة الكاتب قال: «كنا مع رسول الله ﷺ في غزاة...» فذكره بنحوه. وقال ابن حبان: سمع هذا الخبر المرقَّع من حنظلة الكاتب وسمعه من جده رباح، وهما محفوظان.

الخلاصة: فالحديث جيد الإسناد رجاله كلهم ثقات.

(٣) لكن مع ذلك هو من رواية المرقَّع، ولم يرو له الشيخان، وإن كان ثقة.

(٤) هو بعض المتقدم.

(٥) كذا وقع: واستحيوا شرخهم. وهذا اللفظ عند الترمذي وزاد: والشرخ: الغلمان الذين لم يُنبتوا. هكذا أخرجه برقم ١٥٨٣ من حديث سمرة.

وقال: حسن صحيح غريب. ورواه الحجاج عن قتادة نحوه.

قلت: صححه مع أن في إسناده الوليد بن مسلم يدلس التسوية، وقد عنعنه، وشيخه سعيد بن بشير الأزردي ضعيف ضعفه ابن حجر في التقريب، وله علة ثالثة، وهي اختلافهم في سماع الحسن من سمرة. ثم إن المتن منكر لأن الاستحياء إنما يكون للنساء لا للغلماء كما في قوله تعالى ﴿يذبحون أبناءهم ويستحيون نساءهم﴾ والحديث ضعيف بكل حال ضعفه البيهقي، ووافقه الزيلعي في ٣/ ٣٨٦.

القتال مبيح حقيقة (ولا يقتل مجنوناً) لأنه غير مخاطب إلا أن يقاتل فيقتل دفعاً لشرّه، غير أن الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان، وغيرهما لا بأس بقتله بعد الأسر لأنه من أهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه وإن كان يجنّ ويفيق فهو في حال إفاقته كالصحيح (ويكره أن يبتدىء الرجل أباه من المشركين فيقتله) لقوله تعالى ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾

الحديث المانع من قتل الشيخ الفاني. قال: والمقعد والزمن ومقطوع اليدين والرجلين في معناه. وعن أبي بكر أنه أوصى يزيد بن أبي سفيان حين بعثه إلى الشام فقال: «لا تقتلوا الولدان ولا النساء ولا الشيوخ»[1] الخبر انتهى. وأنت تعلم أن قوله تعالى ﴿فاقتلوا المشركين﴾ [التوبة ٥] عام مخصوص بالذمّي والنساء والصبيان، فجاز تخصيص الشيخ الفاني، ومن ذكر المصنف بالقياس لو لم يكن فيهم خبر فكيف وفيهم ما سمعت، بل ما قدمنا من أن النصوص مقيدة ابتداء بالمحاربين على ما ترجع إليه. وأما حديث الشيوخ فتقدم أنه ضعيف بالانقطاع عندهم وبالحجاج بن أرطأة[2]، ولو سلم فيجب تخصيصه على ما ذكرنا على أصولهم. وأما قول المصنف (صح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذراري) فالمراد بالذراري النساء من اسم السبب في المسبب. قال في العرنيين[3]. وفي الحديث «لا تقتلوا ذرية ولا عسيفاً»[4] أي امرأة ولا أجيراً، ثم المراد بالشيخ الفاني الذي لا يقتل هو من لا يقدر على القتال ولا الصياح عند التقاء الصفين ولا على الإحبال لأنه يجيء منه الولد فيكثر محارب المسلمين، ذكره في الذخيرة. وذكر الشيخ أبو بكر الرازي في كتاب المرتد من شرح الطحاوي أنه إذا كان كامل العقل نقتله ومثله نقتله إذا ارتد، والذي لا نقتله الشيخ الفاني الذي خرّف وزال عن حدود العقلاء والمميزين فهذا حينئذ يكون بمنزلة المجنون فلا نقتله ولا إذا ارتد. قال: وأما الزمني فهم بمنزلة الشيوخ فيجوز قتلهم إذا رأى الإمام ذلك كما يقتل سائر الناس بعد أن يكونوا عقلاء ونقتلهم أيضاً إذا ارتدوا اهـ. ولا نقتل مقطوع اليد اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف، ونقتل أقطع اليد اليسرى أو إحدى الرجلين وإن لم يقاتل قوله: (إلا أن يكون أحد هؤلاء) استثناء من حكم عدم القتل، ولا خلاف في هذا لأحد، وصح أمره عليه الصلاة والسلام بقتل دريد بن الصمة وكان عمره مائة وعشرين عاماً أو أكثر وقد عمي لما جيء به في جيش هوزان للرأي[5]. وكذلك يقتل من قاتل من كل من قلنا إنه لا يقتل كالمجنون والصبي والمرأة (إلا أن الصبي والمجنون يقتلان في حال قتالهما) أما غيرهما من النساء والرهبان ونحوهم فإنهم يقتلون إذا قاتلوا بعد الأسر، والمرأة الملكة تقتل وإن لم تقاتل، وكذا الصبي الملك والمعتوه الملك، لأن في قُتل الملك كسر شوكتهم. وفي السير الكبير: لا يقتل الراهب في صومعته ولا أهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس، فإن خالطوا قتلوا كالقسيسين، والذي يجنّ ويفيق يقتل في حال إفاقته وإن لم يقاتل قوله: (ويكره أن يبتدىء الرجل أباه من المشركين) أو جدّه أو أمه إذا قاتلت أو جدّته (بالقتل لقوله تعالى ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾ [لقمان ١٥] نزلت في الأبوين ولو مشركين لقوله تعالى ﴿وإن

قوله: (إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب) لما صح «أن رسول الله ﷺ قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين

قال المصنف: (لقوله تعالى: ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾) أقول: قد سبق في كتاب النفقة من الكتاب أنه لا يجب الإنفاق على الأبوين الحربيين وإن كانا مستأمنين، وصرح الشراح أن قوله تعالى ﴿وصاحبهما﴾ الآية مخصوص بأهل الذمة دفعاً للتعارض فتأمل في

---

(١) تقدم قبل بضعة أحاديث وهو من حديث أشهر وذكره المصنف بمعناه.

(٢) تقدم قبل أحاديث، وأنه واهٍ.

(٣) كذا وقع في الأصل. ولم يتبين لي ما وجه ذكر العرنيين ههنا فليحرر، ولعل هناك سقطاً، أو أن المصنف لم يتم الكلام.

(٤) تقدم قبل أربعة أحاديث، وهو حديث الوصية لخالد.

(٥) أنظر خبر معركة حنين ثم حصار الطائف في سيرة ابن هشام ٤/ ٥٨ ومغازي الواقدي ٣/ ٨٨٦ وخبر مقتل دريد بن الصمة، وكان شيخاً كبيراً إلا أنه شديد البطش، وصاحب رأي ومكيدة. وقد سمى ابن إسحق من قتل ابن الصِّمّة بأنه ربيعة بن رفيع بن أهبان. قال ابن هشام عقبه: ويقال: عبد الله بن قنيع بن أهبان.

ولأنه يجب عليه إحياؤه بالإنفاق فيناقضه الإطلاق في إفنائه (فإن أدركه امتنع عليه حتى يقتله غيره) لأن المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم، وإن قصد الأب قتله بحيث لا يمكنه دفعه إلا بقتله لا بأس به لأن مقصوده الدفع؛ ألا ترى أنه لو شهر الأب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه إلا بقتله يقتله لما بينا فهذا أولى، والله تعالى أعلم بالصواب.

جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم﴾ [لقمان ١٥] الآية (ولأنه يجب عليه الإنفاق لإحيائه فيناقضه الإطلاق في إفنائه، فإن أدركه) أي أدرك الأب الابن ليقتله والابن قادر على قتله (امتنع) الابن (على الأب) بغير القتل بل يشغله بالمحاولة بأن يعرقب فرسه أو يطرحه عن فرسه ويلجئه إلى مكان، ولا ينبغي أن ينصرف عنه ويتركه لأنه يصير حرباً علينا بل يلجئه إلى أن يفعل ما ذكرنا ولا يدعه أن يهرب إلى أن يجيء من يقتله، فأما إن لم يتمكن الابن من دفعه عن نفسه إلا بالقتل فليقتله، لأنه لو كان مسلماً أراد قتل ابنه ولا يتمكن من التخلص منه إلا بقتله كان له قتله لتعينه طريقاً لدفع شرّه فهنا أولى، ولو كان في سفر وعطشاً ومع الابن ماء يكفي لنجاة أحدهما كان للابن شربه ولو كان الأب يموت، وينبغي أنه لو سمع أباه المشرك يذكر الله أو رسوله بسوء يكون له قتله لما روى أن أبا عبيدة بن الجراح قتل أباه حين سمعه يسبّ النبيّ ﷺ وشَرَّفَ وكَرَّمَ[1]، فلم ينكر النبيّ ﷺ ذلك. ولا يكره للأب قتل ابنه المشرك، وكذا سائر القرابات عندنا كالعم والخال يباح قتلهم، ولا مناقضة لأن نفقة ذوي الأرحام عندنا لا تجب إلا للمسلمين منهم، بخلاف القرابات البغاة يكره أن يبتدئهم كالأب، وأما في الرجم إذا كان الابن أحد الشهود فيبتدىء بالرجم ولا يقصد قتله بأن يرميه مثلاً بحصاة، والله الموفق.

سنة» وفي رواية «ابن مائة وستين سنة» لأنه كان صاحب رأي قوله: (فهو في حال إفاقته كالصحيح) يعني يقتل سواء قاتل أو لم يقاتل كالصحيح فإنه يقتل وإن لم يقاتل، لكنه إنما يقتل في حال إفاقته لأنه ممن يقاتل ويخاطب قوله: (امتنع عليه) أي يقف عنده ويعالجه فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن مقصوده الدفع. والله أعلم.

جوابه قال المصنف: (ولأنه يجب عليه إحياؤه) أقول: ولا يرد النقض بالابن فإنه ليس كالأب، وإن شئت مزيد التفصيل فارجع إلى غاية البيان في كتاب المفقود ومر في النفقة أيضاً.

---

(١) هكذا ذكر المصنف. وقد جاء في الإصابة ٢/ ٢٥٢. ٢٥٣ في ترجمة أبي عبيدة وهو عامر بن عبد الله بن الجراح ما ملخصه: زعم الواقدي أن والد أبي عبيدة مات قبل الإسلام وأما الطبراني فقد أخرج بسند جيد عن عبد الله بن شوذب.

قال: «جعل والد أبي عبيدة يتصدىٰ لأبي عبيدة يوم بدر، فيحيد عنه، فلما أكثر قصده، فقتله وفيه نزلت ﴿لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادُّن من حادّ الله ورسوله﴾ الآية» وأخرج أحمد بسنده عن أنس قوله: «إن أبا عبيدة قتل أباه يوم بدر. ونزلت فيه الآية: لا تجد قوماً... الآية» اهـ.

قلت: وإسناد أحمد قوي شيخه عفان ثقة وشيخ شيخه حماد ثقة أيضاً، وثابت الراوي عن أنس هو البُناني أثبت الناس في أنس، فالخبر قوي لكن ليس فيه ذكر سبه للنبي ﷺ.

باب الموادعة ومن يجوز أمانه

(وإذا رأى الإمام أن يصالح أهل الحرب أو فريقاً منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به) لقوله تعالى ﴿وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله﴾ ووادع رسول الله ﷺ أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين، ولأن الموادعة جهاد معنى إذا كان خيراً للمسلمين لأن المقصود وهو دفع الشر حاصل به، ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى إلى ما زاد عليها، بخلاف ما إذا لم يكن خيراً لأنه ترك الجهاد صورة

باب الموادعة ومن يجوز أمانه

الموادعة المسالمة، وهو جهاد معنى لا صورة، فأخره عن الجهاد صورة ومعنى، وما قيل لأنه ترك الجهاد وترك الشيء يقتضي سبق وجوده فغير صحيح بل يتحقق ترك الزنا وسائر المعاصي ممن لم توجد منه أصلاً ويثاب على ذلك وكيف وهو مكلف بتركها في جميع عمره وإلا كان تكليفاً بالمحال قوله: (**وإذا رأى الإمام أن يصالح أهل الحرب أو فريقاً منهم**) بمال وبلا مال (**وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى ﴿وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله﴾**) [الأنفال ٦١] والآية وإن كانت مطلقة لكن إجماع الفقهاء على تقييدها برؤية مصلحة للمسلمين في ذلك بآية أخرى هي قوله تعالى **﴿ولا تهنوا وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون﴾** [محمد ٣٥] فأما إذا لم يكن في الموادعة مصلحة فلا يجوز بالإجماع. وفي السلم كسر السين وفتحها مع سكون اللام وفتحها، ومنه قوله تعالى **﴿وألقوا إليكم السلم﴾** [النساء ٩٠] ومقتضى الأصول أنها إما منسوخة إن كانت الثانية بعدها: أي نسخ الإطلاق وتقييده بحالة المصلحة، أو المعارضة في حالة عدم وجود المصلحة إن لم يعلم ثم ترجح مقتضى المنع. أعني آية **﴿ولا تهنوا﴾** [محمد ٣٥] كما هو القاعدة في تقديم المحرّم. وأما حديث موادعته عليه الصلاة والسلام أهل مكة عام الحديبية عشر سنين فنظر فيه بعض الشارحين بأن الصحيح عند أصحاب المغازي أنها ستان، كذا ذكره معتمر بن سليمان عن أبيه، وليس بلازم لأن الحاصل أن أهل النقل مختلفون في ذلك، فوقع في سيرة موسى بن عقبة أنها كانت سنتين أخرجه البيهقي عنه وعن عروة بن الزبير مرسلاً، ثم قال البيهقي: وقولهما سنتين يريدان بقاءه سنتين إلى أن نقض المشركون عهدهم وخرج

باب الموادعة ومن يجوز أمانه

والموادعة المصالحة، وسميت بها لأنها متاركة وهي من الودع وهو الترك، وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال ظاهر المناسبة قوله: (**وكان ذلك مصلحة**) قيل عليه بأن قوله تعالى **﴿وإن جنحوا للسلم﴾** ليس بمقيد بالمصلحة فكان الاستدلال به مخالفاً للمدعي. وأجيب بأن هذه الآية محمولة على ما إذا كانت في المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل آية أخرى وهي قوله تعالى **﴿ولا تهنوا وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون﴾** وبدليل الآيات الموجبة للقتال والإلزام التناقض لما أن موجب الأمر بالقتال مخالف لموجب الأمر بالمصالحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو بما ذكرنا بدليل موادعة رسول الله ﷺ أهل مكة على ما ذكر في الكتاب

باب الموادعة ومن يجوز أمانه

قوله: (**وأجيب بأن هذه الآية الشريفة إلى قوله ﴿وأنتم الأعلون﴾**) أقول: فيه بحث لأن المنهي عنه في هذه الآية هو البداية بالدعوة إلى السلم من جانب المسلمين، والمأمور به في الآية السابقة هو الميل إليها إذا مالوا لها أولاً فلا مخالفة بينهما حتى يعلل بالمصلحة ويرفع المنافاة، ولعل النهي عنه إنما هو لأن فيه إلحاقاً للمذلة بالمسلمين كما يدل عليه قوله تعالى **﴿ولا تهنوا﴾** نعم يمكن أن يقال إن في هذه الآية دلالة على أنه لا تجوز الدعوة إلى السلم إذا كان بهم ضعف، فإن النهي يقتضي المشروعية كما بين في علم الأصول قوله: (**وبدليل الآيات الموجبة للقتال**) أقول: الآيات الموجبة للقتال معلومة التأخر عن آيات السلم كما صرح به في النهاية، وأيضاً آية السلم نزلت مع الآيات المنزلة في شأن بني قريظة وهذه نزلت في سورة التوبة، منها قوله تعالى **﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية﴾** الآية، فتكون تلك الآية ناسخة لها فكيف يستدل بها؟

ومعنى (**وإن صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح أنفع نبذ إليهم وقاتلهم**) لأنه عليه الصلاة والسلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة، ولأن المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهاداً وإيفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى، ولا بد من

النبي ﷺ إليهم لفتح مكة، وأما المدة التي وقع عليها عقد الصلح فيشبه أن يكون المحفوظ ما رواه محمد بن إسحاق وهي عشر سنين اهـ. وما ذكره عن ابن إسحاق هو المذكور في سيرته وسيرة ابن هشام من غير أن يتعقبه. ورواه أبو داود من حديث محمد بن إسحاق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم أنهم اصطلحوا على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس، وعلى أن بيننا عيبة مكفوفة وأنه لا إسلال ولا إغلال[1].
ورواه أحمد رحمه الله في مسنده مطوّلاً بقصة الفتح: حدثنا يزيد بن هارون، أنبأنا ابن إسحاق فساقه إلى أن قال: على وضع الحرب عشر سنين، يأمن فيها الناس ويكفّ بعضهم عن بعض. وكذا رواه الواقدي في المغازي: حدثني ابن أبي سبرة عن إسحاق بن عبد الله بن أبي بردة عن واقد بن عمرو، فذكر قصة الحديبية إلى أن قال: على وضع الحرب عشر سنين[2] الخ. والوجه الذي ذكره البيهقي وجه حسن به تنتفي المعارضة فيجب اعتباره فإن الكل اتفقوا على أن سبب الفتح كان نقض قريش العهد حيث أعانوا على خزاعة وكانوا دخلوا في حلف رسول الله ﷺ. واختلفوا في مدة الصلح فوقع الخلاف ظاهراً بأن مراد من قال سنتين أن بقاءه سنتان، ومن قال عشراً قال إنه عقده عشراً كما رواه كذلك فإنه لا تنافي بينهما حينئذ، والله سبحانه أعلم قوله: (**ولا يقتصر الحكم**) وهو جواز الموادعة (**على المدة المذكورة**) وهي عشر سنين (**لتعدي المعنى**) الذي به علل جوازها وهو حاجة المسلمين أو ثبوت مصلحتهم فإنه قد يكون بأكثر (**بخلاف ما إذا لم تكن**) الموادعة أو المدة المسماة (**خيراً**) للمسلمين فإنه لا يجوز (**لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى**) وما أبيح إلا باعتبار أنه جهاد، وذلك إنما يتحقق إذا كان خيراً للمسلمين وإلا فهو للمأمور به، وبهذا يندفع ما نقل عن بعض العلماء من منعه أكثر من عشر سنين، وإن كان الإمام غير مستظهر وهو قول الشافعي، ولقد كان صلح الحديبية مصالح عظيمة. فإن الناس لما تقاربوا انكشف محاسن الإسلام للذين كانوا متباعدين لا يعقلونها من المسلمين لما قاربوهم وتخالطوا بهم قوله: (**وإن صالحهم مدة ثم رأى أن نقض الصلح أنفع نبذ إليهم**) أي ألقى إليهم عهدهم وذلك بأن يعلمهم أنه رجع عما كان وقع، قال تعالى ﴿**وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء**﴾ [الأنفال ٥٨] أي على سواء منكم ومنهم في

(**ولا يقتصر الحكم على المدة المروية**) وهي عشر سنين فكانت هذه المدة المروية من المقدرات التي لا تمنع الزيادة والنقصان لأن مدة الموادعة تدور مع المصلحة وهي قد تزيد وقد تنقص. قوله: (**لتعدي المعنى**) وهو دفع الشر. وقوله: (**بخلاف ما إذا لم يكن خيراً**) حيث لا يجوز للإمام أن يوادعهم عملاً بقوله تعالى ﴿**ولا تهنوا وتدعوا إلى السلم**﴾ ولأن الموادعة ترك الجهاد صورة ومعنى، أما صورة فظاهر حيث تركوا القتال، وأما معنى فلأنه لما لم يكن فيه مصلحة للمسلمين لم يكن في تلك الموادعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى أيضاً. وقوله نبذ إليهم نبذ الشيء من يده: طرحه ورمى به نبذاً ونبذ العهد نقضه، وهو من ذلك لأنه

قوله: (**وقوله بخلاف ما إذا لم يكن خيراً، إلى قوله ﴿ولا تهنوا﴾ الآية**) فيه بحث، والظاهر أن يقال إن هذه الآية الكريمة لا تدل على عدم جواز المسالمة إذا طلبوها منا فكيف يستدل بها قوله: (**ولأن الموادعة ترك الجهاد صورة ومعنى الخ**) أقول: فيه بحث.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٧٦٦ والبيهقي ٩/ ٢٢١ وأحمد ٤/ ٣٢٣. ٣٢٤. ٣٢٥ كلهم من حديث المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم. واللفظ لأبي داود وزاد البيهقي فيه قليلاً. وأما أحمد فرواه مطولاً.
وهو من طريق ابن إسحق عن الزهري، وابن إسحق فيه كلام لا يضر لا سيما وهو إمام المغازي، وقد صرح بالتحديث في رواية البيهقي، فحديثه حسن إن شاء الله تعالى والخبر في سيرة ابن هشام ٣/ ٢٢٩ باب شروط الصلح.

(٢) هو في مغازي الواقدي ٢/ ٦١١ والواقدي واهٍ، وفي رجال إسناده من هو متكلم فيه لكن يقوي حديث ابن إسحق المتقدم.
وانظر سيرة ابن هشام ٣/ ٢٢٨. ٢٣١ والواقدي في المغازي ٢/ ٦١٠. ٦١٣ والبيهقي ٩/ ٢٢١. ٢٢٢ ونصب الراية ٣/ ٣٨٨. ٣٨٩ باب الموادعة.
وما ذكره المصنف من كون الهدنة عشر سنين لكن استمرت فقط سنتان، فهو متّجه وحسن.

النبذ تحرزاً عن الغدر وقد قال عليه الصلاة والسلام «في العهود وفاء لا غدر» ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ إلى جميعهم، ويكتفي في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته لأن بذلك ينتفي الغدر. قال: (وإن بدءوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ إليهم إذا كان ذلك باتفاقهم) لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه بخلاف ما إذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضاً للعهد، ولو

العلم بذلك، لكن ظاهر الآية أنه مقيد بخوف الخيانة، وهو مثل ﴿إن علمتم فيهم خيراً﴾ [النور ٣٣] في الكتابة، ولعل خوف الخيانة لازم للعلم بكفرهم وكونهم حرباً علينا. والإجماع على أنه لا يتقيد بخطور الخوف لأن المهادنة في الأول ما صحت إلا لأنها أنفع فلما تبدل الحال عاد إلى المنع (ولا بد من النبذ تحرزاً عن الغدر) وهو محرم بالعمومات نحو ما صح في البخاري عنه عليه الصلاة والسلام من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص «أربع خلال من كنّ فيه كان منافقاً خالصاً: من إذا حدّث كذب وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر»[١] وروى أبو داود والترمذي وصححه: كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى إذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس أو برذون وهو يقول الله أكبر وفاء لا غدر، فنظروا فإذا هو عمرو بن عبسة، فأرسل إليه معاوية فسأله فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول «من كان بينه وبين قوم عهد فليشد عقده ولا يحلها حتى ينقضي أمدها أو ينبذ إليهم على سواء» فرجع معاوية بالناس[٢]، ورواه أحمد وابن حبان وابن أبي شيبة وغيرهم. وأما ما ذكر المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام «وفاء لا غدر»[٣] فلم يعرف في كتب الحديث إلا من قول عمرو بن عبسة هذا. وأما استدلاله بأنه ﷺ نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة فالأليق أن يجعل دليلاً فيما يأتي من قوله: (وإن بدءوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ إليهم إذا كان باتفاقهم لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه) وكذا إذا دخل جماعة منهم لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضاً في حقهم خاصة فيقتلون ويسترقونهم ومن معهم من الذراري، إلا أن يكون بإذن ملكهم فيكون نقضاً في حق الكل، ولو لم تكن لهم منعة لم يكن نقضاً لا في حقهم ولا في حق غيرهم. وإنما قلنا هذا لأنه عليه

طرح له. وقوله: (نبذ إليهم) أي بعث إليهم من يعلمهم بنقض العهد. وقوله ﷺ: («في العهود وفاء لا غدر») أي هي وفاء. قوله: (ولا بد من اعتبار مدة الخ) قال الله تعالى ﴿وإما تخافنّ من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء﴾ أي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك، فعرفنا أنه لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل أن يعلموا بذلك ليعودوا إلى ما كانوا عليه من التحصن وكان ذلك للتحرز عن

قوله: (وهو من ذلك الخ) أقول: أي النبذ بمعنى نقض العهد من النبذ بمعنى الطرح.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣١٧٨ وابن حبان ٢٢٥ وابن منده ٥٢٥ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص بهذا اللفظ وزاد البخاري وابن حبان: ومن كانت فيه خَصْلةٌ منهنّ كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها. هذا اللفظ للبخاري، وأما ابن حبان فلم يذكر: حتى يدعها. وأخرجه البخاري ٣٤ و ٢٤٥٩ ومسلم ٥٨ في الإيمان والترمذي ٢٦٣٢ والنسائي ٨/ ١١٦ وأبو عوانة ١/ ٢٠ وابن حبان ٢٥٤ وابن منده ٥٢٢ و ٥٢٣ و ٥٢٤ والبغوي ٣٧ والبيهقي ٩/ ٢٣٠ و ١٠/ ٧٤ وابن أبي شيبة ٨/ ٥٩٣ . ٥٩٤ وأبو داود ٤٦٨٨ وأحمد ٢/ ١٨٩ . ١٩٨ كلهم من طريق مسروق عن عبد الله بن عمرو بن العاص مع تغير يسير فيه وأخرجه ابن حبان ٢٥٦ من حديث جابر بإسناد على شرط مسلم إلا أنه لم يسق المتن.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٢٧٥٩ والترمذي ١٥٨٠ والنسائي في السير كما في التحفة ٨/ ١٦٠ وابن حبان ٤٨٧١ والطيالسي ١١٥٥ وأحمد ٤/ ١١١ . ١١٣ . ٣٨٥ . ٣٨٦ والبيهقي ٩/ ٢٣١ كلهم من طريق موسى بن أيوب الحمصي عن سُلَيم بن عامر قال... فذكره

وقال الترمذي: حسن صحيح. وهو كما قال رجاله ثقات موسى بن أيوب ثقة كما في التقريب. وشيخه ابن عامر ثقة من رجال مسلم كما في التقريب، وبقية رجاله ثقات. معروفون.

تنبيه: فتبين من ذكر المصنف له تبعاً للزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٩٠ . ٣٩١ أن لفظ: «وفاء لا غدر» إنما هو من كلام عمرو بن عبسة، وهو صحابي جليل، فهذا موقوف عليه.

(٣) موقوف. ذكره صاحب الهداية على أنه مرفوع وتعقبه الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٩٠ بكونه موقوفاً في أثناء الحديث المرفوع المتقدم، ووافقه ابن الهمام.

كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضاً للعهد في حقهم دون غيرهم لأنه بغير إذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى ولو كان بإذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لأنه باتفاقهم معنى. **(وإذا رأى الإمام موادعة أهل الحرب وأن يأخذ على ذلك مالاً فلا بأس به)** لأن لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال. لكن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة، أما إذا لم تكن لا يجوز لما بينا من قبل، والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية. هذا إذا لم ينزلوا بساحتهم بل أرسلوا رسولاً لأنه في معنى الجزية، أما إذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم

الصلاة والسلام لم يبدأ أهل مكة بل هم بدءوا بالغدر قبل مضي المدة فقاتلهم ولم ينبذ إليهم بل سأل الله تعالى أن يعمى عليهم حتى يبغتهم، هذا هو المذكور لجميع أصحاب السير والمغازي، ومن تلقى القصة ورواها كما في حديث ابن إسحاق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة قالا: «كان في صلح رسول الله ﷺ أنه من شاء أن يدخل في عقد رسول الله ﷺ وعهده دخل، فدخلت خزاعة في عقد رسول الله ﷺ، ودخلت بنو بكر في عقد قريش، فمكثوا في الهدنة نحو السبعة أو الثمانية عشر شهراً، ثم إن بني بكر الذين دخلوا في عقد قريش وثبوا على خزاعة الذين دخلوا في عقد رسول الله ﷺ ليلاً بماء لهم يقال له الوتير قريب من مكة، وقالت قريش هذا ليل ولا يعلم بنا محمد ولا يرانا أحد، فأعانوا بني بكر بالسلاح والكراع وقاتلوا خزاعة معهم، وركب عمرو بن سالم إلى رسول الله ﷺ عند ذلك يخبره الخبر، فلما قدم عليه أنشده:

اللهمّ[1] إني ناشد محمدا ... حلف أبينا وأبيه الأتلدا

إن قريشاً أخلفوك الموعدا ... ونقضوا ميثاقك المؤكدا

هم بيتونا بالوتير هجدا ... فقتلونا ركعاً وسجدا

فانصر رسول الله نصرا عتدا

فقال رسول الله ﷺ: نصرت يا عمرو بن سالم، ثم أمر الناس فتجهزوا وسأل الله أن يعمى على قريش خبرهم حتى في بلادهم». وذكر موسى بن عقبة نحو هذا «وأن أبا بكر قال له: يا رسول الله ألم يكن بينك وبينهم مدة، قال: ألم يبلغك ما صنعوا ببني كعب؟» ورواه الطبراني من حديث ميمونة، ورواه ابن أبي شيبة مرسلاً عن عروة، ورواه مرسلا جماعة كثيرين في كتاب المغازي، وفيه «فقال أبو بكر: يا رسول الله أو لم يكن بيننا وبينهم مدة؟ فقال: إنهم غدروا ونقضوا العهد فأنا غاربهم»[2] ثم في النبذ لا يكفي مجرد إعلامهم، بل لا بد من مضيّ مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته، ولا يجوز أن يغير على شيء من بلادهم قبل مضيّ تلك المدة قوله: **(وإن رأى الإمام موادعة أهل الحرب وأن يأخذ)** المسلمون **(على ذلك مالاً جاز لأنه لما جاز بلا مال فبالمال وهو أكثر نفعاً أولى، إلا أن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة، أما إذا لم تكن فلا يوادعهم لما بينا من قبل)** يعني قوله لأنه ترك للجهاد صورة ومعنى. قال شارح: ويجوز أن يكون إشارة إلى قوله لأنه يشبه الأجر: يعني في مسئلة الجعل قبل باب كيفية

الغدر. وقوله: **(لما بينا من قبل)** يعني قوله إنه ترك الجهاد صورة ومعنى. وقوله: **(إذا لم ينزلوا بساحهم)** أي إذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب. وقوله: **(لأنه مأخوذ بالقهر معنى)** يعني فيكون كالمأخوذ قهراً صورة ومعنى، وهو المأخوذ بعد الفتح بالقتال. وقوله: **(لما فيه من إعطاء الدنية)** أي النقيصة. وقوله: **(إلا إذا خاف الهلاك)** يعني على نفسه ونفس سائر المسلمين، فحينئذ لا بأس بدفع المال. لما روي «أن المشركين لما أحاطوا بالخندق وصار المسلمون إلى ما أخبر الله عنهم بقوله

---

(١) وقع في الأصل: لا هُمّ. وفي الزيلعي ٣/ ٣٩٠: اللهم. وفي ابن هشام ٤/ ٧: يا رب

(٢) انظر سيرة ابن هشام ٤/ ٣ . ٩ فقد ذكر هذا الخبر مطولاً. حدثني الزهري عن عروة عن المسور بن مخرمة ومروان وغيرهم من علمائنا... فذكره وهذا إسناده جيد فابن إسحق صرح بالتحديث، وبقية رجاله ثقات. وابن رواه بعضهم عن عروة مرسلاً، فإن الحكم لمن وصله، وعروة ثقة لا يبعد أن يكون حدث به تارة عمن سمعه منه، وتارة من دون واسطة. وانظر سنن البيهقي ٩/ ٢٣٣. ٢٣٤ حيث رواه مختصراً من طريق ابن إسحق.

لأنه مأخوذ بالقهر معنى **(وأما المرتدون فيوادعهم الإمام حتى ينظر في أمرهم)** لأن الإسلام مرجوّ منهم فجاز تأخير قتالهم طمعاً في إسلامهم **(ولا يأخذ عليه مالاً)** لأنه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما نبين **(ولو أخذه لم يرده)** لأنه مال غير معصوم. ولو حاصر العدوّ المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعله لما فيه من إعطاء الدنية

القتال، وهذا يقتضي أن الموادعة تجوز وأخذ مالهم لا يجوز إذا كان مال المسلمين كثيراً غير أنهم ليسوا متأهبين للحرب لقلة العدد الحاضر لتفرق المقاتلة في البلاد ونحوه وهو بعيد لأن ذلك كله جهاد، وفي أخذ مالهم كسر لشوكتهم وتقليل لمادتهم فأخذه لهذا المعنى من الجهاد لا الأجرة على الترك وباعتباره، ثم ما يؤخذ من هذا المال يصرف مصارف الخراج والجزية إن كان قبل النزول بساحتهم بل برسول، أما إذا نزلنا بهم فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي لأنه مأخوذ منهم قهراً معنى. وأما المرتدون فلا بأس بموادعتهم، ومعلوم أن ذلك إذا غلبوا على بلدة وصارت دارهم دار الحرب وإلا فلا، لأن فيه تقرير المرتد على الردّة وذلك لا يجوز، ولهذا قيده الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير بما ذكرنا، قال: يدل عليه وضع المسئلة في مختصر الكرخي بقوله غلب المرتدون عى دار من دور الإسلام فلا بأس بموادعتهم عند الخوف، فلو وادعهم على المال لا يجوز لأنه في معنى الجزية ولا تقبل من المرتد جزية. وقوله: **(لما نبين)** يعني في باب الجزية **(و)** مع هذا **(لو أخذه لا يرده)** عليهم لأن مالهم فيء للمسلمين إذا ظهروا، بخلاف ما إذا أخذ من أهل البغي حيث يرد عليهم بعد ما وضعت الحرب أوزارها لأنه ليس فيئاً إلا أنه لا يرده حال الحرب لأنه إعانة لهم قوله: **(ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعله الإمام لما فيه من إعطاء الدنية)** أي النقيصة، ومن ذلك قول عمر لأبي بكر رضي الله عنهما في الحديبية وكان متجانفاً عن الصلح: أليس برسول الله ﷺ؟ قال أبو بكر: بلى، قال: أولسنا بالمسلمين؟ قال: بلى، قال: أوليسوا بالمشركين؟ قال: بلى، قال: فعلام نعطي الدنية في ديننا؟ فقال له أبو بكر: الزم غرزه، فإني أشهد أنه رسول الله، فقال عمر: وأنا أشهد أنه رسول الله ﷺ[1].

تعالى ﴿هنالك ابتلي المؤمنون وزلزلوا زلزالاً شديداً﴾ بعث رسول الله ﷺ إلى عيينة بن حصن وطلب منه أن يرجع بمن معه على أن يعطيه في كل سنة ثلث ثمار المدينة، فأبى إلا النصف، فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدي رسول الله ﷺ قام سيدا الأنصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة وقالا: يا رسول الله إن كان وحي فامض لما أمرت له، وإن كان رأياً رأيته فقد كنا نحن وهم في

قال المصنف: (ولا يأخذ عليه مالاً لأنه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما نبين) أقول: هذا إنما يدل على عدم جواز أخذ المال منهم قبل الإحصار ولا دلالة فيه على عدمه فتأمل. قال في الكافي: ولا يأخذ منهم على ذلك مالاً، لأن أخذ المال تقرير لهم على ذلك اهـ. وفيه بحث، فإن الموادعة تكون بزمان معين، فلو أخذ منهم على ذلك مالاً مقدراً إلى ذلك الزمان كيف يكون تقريراً لهم عليه؟

---

(١) أورده ابن هشام في السيرة ٣/ ٢٢٩ باب موقف عمر من الهدنة فذكره بأتم منه.

وقوله: إلزم غرزه: أي أمره.

وحديث صلح الحديبية مشهور أخرجه البخاري ٢٧٣١ و ٢٧٣٢ و ٢٧١١ و ٢٧١٢ و ١٦٩٤ و ١٦٩٥ و ٤١٧٨ و ٤١٧٩ و ٤١٨٠ و ٤١٨١ وأبو داود ٢٧٦٥ والنسائي في الكبرى كما في تحفة الأشراف ٨/ ٣٧٢ وعبد الرزاق ٩٧٢٠ وأحمد ٤/ ٣٢٣. ٣٢٦. ٣٢٨. ٣٣١. ٣٣٢ وابن حبان ٤٨٧٢ والبغوي ٢٧١٥ و ٢٧٤٨ والطبري ٢٨/ ٧١. ٩٧ و ١٠/ ١٠٩ والبيهقي ٥/ ٢١٥ و ٧/ ١٧١ و ٩/ ١٤٤ و ٢١٨ و ١٠/ ١٠٩ والطبراني في الكبير ٢٠/(١٣) (١٤) (١٥) (٨٤٢) كلهم من حديث المِسْور بن مخرمة ومروان بن الحكم رووه مطولاً ومختصراً.

وطوّله البخاري وفيه: «قال: فقال عمر: فأتيت رسول الله ﷺ، فقلت: ألست نبيَّ الله حقاً؟ قال: بلىٰ. قلت: ألسْنا علىٰ الحق، وعدوّنا علىٰ الباطل؟ قال: بلىٰ. قلت: فلم نعطي الدنية في ديننا إذاً؟ قال: إني رسول الله، ولستُ أعصيه، وهو ناصري...» وفيه «فأتيت أبا بكر، فقلت: يا أبا بكر أليس هذا نبي لله حقاً؟ قال: بلىٰ. قلت: ألسنا علىٰ الحق، وعدونا علىٰ الباطل؟ قال: بلىٰ قلت: فلم نعطي الدنية في ديننا إذاً؟ قال: أيها الرجل إنه لرسول الله، وليس يعصي ربه، وهو ناصره، فاستمسك بغرزه فوالله إنه علىٰ الحق...» الحديث.

وغرزه: أمره.

وإلحاق المذلة بأهل الإسلام إلا إذا خاف الهلاك، لأن دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن (ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب ولا يجهز إليهم) لأن النبي ﷺ نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله إليهم، ولأن فيه تقويتهم

ذكره ابن إسحاق في السير. وفي الحديث «ليس للمؤمن أن يذل نفسه»[1] فالعزة خاصية الإيمان قال الله تعالى ﴿ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين﴾ [المنافقون ٨] **(إلا إذا خاف)** الإمام **(الهلاك)** على نفسه والمسلمين فلا بأس «لأن النبي ﷺ لما اشتدّ على الناس البلاء في وقعة الخندق أرسل إلى عيينة بن حصن الفزاري والحرب بن عوف بن أبي حارثة المري وهما قائدا غطفان وأعطاهما ثلث ثمار المدينة على أن يرجعا بمن معهما. فجرى بينهما الصلح حتى كتبوا الكتاب ولم تقع الشهادة ولا عزيمة الصلح، فلما أراد رسول الله ﷺ أن يفعل بعث إلى سعد بن معاذ وسعد بن عبادة فذكر لهما ذلك واستشارهما فيه، فقالا له: يا رسول الله أمراً تحبه فتصنعه أم شيئاً أمرك الله به لا بد لنا من العمل به أم شيئاً تصنعه لنا؟ قال: بل شيء أصنعه لكم، والله ما أصنع ذلك إلا لأني رأيت العرب قد رمتكم عن قوس واحدة وكالبوكم من كل جانب فأردت أن أكسر عنكم من شوكتهم إلى أمر مَّا، فقال له سعد بن معاذ: يا رسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الأوثان لا نعبد الله ولا نعرفه وهم لا يطمعون أن يأكلوا منا تمرة إلا قرى أو بيعاً، أفحين أكرمنا الله بالإسلام وهدانا له وأعزّنا بك وبه نعطيهم أموالنا؟ ما لنا بهذا من حاجة، والله ما نعطيهم إلا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم، فقال رسول الله ﷺ: فأنت وذاك، فتناول سعد الصحيفة فمحا ما فيها من الكتابة، ثم قال: ليجهدوا علينا»[2]. قال محمد بن إسحاق: حدثني به عاصم بن عمرو بن قتادة ومن لا أتهم عن محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري. وعلل المصنف هذا بقوله: **(لأن دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن)** وهو تساهل فإنه يجب دفع الهلاك بإجراء كلمة الكفر ولا بقتل غيره لو أكره عليه بقتل نفسه بل يصبر للقتل ولا يقتل غيره؛ ولو شرطوا في الصلح أن يرد عليهم من جاء مسلماً منهم بطل الشرط فلا يجب الوفاء به فلا يرد إليهم من جاءنا

الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لا يطمعون في ثمار المدينة إلا بشراء أو قرى، فإذا أعزّنا الله بالدين وبعث إلينا رسوله نعطيهم الدنية، لا نعطيهم إلا السيف، فقال عليه الصلاة والسلام: إني رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة فأحببت أن أصرفهم

---

(١) حسن غريب. أخرجه الترمذي ٢٢٥٤ وابن ماجه ٤٠١٦ كلاهما من طريق جندب عن حذيفة مرفوعاً: «لا ينبغي للمؤمن أن يذل نفسه. قالوا: وكيف يذلُّ نفسه؟ قال: يتعرض من البلاء لما لا يُطيق»

قال الترمذي: حسن غريب.

قلت: في إسناده علي بن زيد بن جدعان ضعيف مع أنه من رجال مسلم كما في التقريب.

وله شاهد أخرجه البزار والطبراني في الأوسط والكبير كما في المجمع ٧/ ٢٧٤ كلاهما من حديث ابن عمر وقال الهيثمي: إسناد الطبراني في الكبير جيد ورجاله رجال الصحيح غير زكريا بن يحيىٰ الضرير ذكره الخطيب روىٰ عن جماعة وعنه جماعة، ولم يتكلم فيه أحد، ورواه الطبراني في الأوسط والكبير كما في المجمع ٧/ ٢٧٤ كلاهما من حديث ابن عمر

وقال الهيثمي: إسناد الطبراني في الكبير جيد ورجاله رجال الصحيح غير زكريا بن يحيىٰ الضرير ذكره الخطيب روىٰ عن جماعة وعنه جماعة، ولم يتكلم فيه أحد، ورواه الطبراني في الأوسط من حديث علي، وفيه: الخضر عن الجارود، ولم ينسبا، ولم أعرفهما، وبقية رجاله ثقات.

وأخرج أبو يعلىٰ ١٤١١ من حديث الحسن عن أبي سعيد في خبر طويل وفيه: قال المعلّىٰ بن زياد ثم حدث الحسن بحديث آخر عن رسول الله ﷺ «ليس للمؤمن. . .» فذكره.

قال الهيثمي في المجمع ٧/ ٢٧٤: رجال أبي يعلىٰ رجال الصحيح اهـ. وذكره ابن حجر في المطالب العالية ٤٥٤٧ ونسبه لأبي يعلىٰ. قلت: هذا بالنسبة للحديث الطويل أما بالنسبة لما نحن في صدده فلم يذكر المعلّىٰ أن الحسن رواه عن أبي سعيد، ومع ذلك فالحديث فيه غرابة في المتن إذ يجوز للمسلم في باب الجهاد، أو الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر أن يتعرض للبلاء، وذلك في سبيل الله إعلاء لكلمة لا إله إلا الله. فالحديث إسناده بمجموع طرق حسن، وأما المتن، فغريب

تنبيه: وأما لفظ: «فالعزة خاصية الإيمان» فهو ليس من الحديث وقد ظنه محقق فتح القدير أنه من المتن، فجعله مع الحديث بين قوسين صغيرين اهـ فتنبه.

(٢) ضعيف. ذكره ابن هشام في السيرة٣/ ١٤٩ ـ ١٥٠ باب محاولة الصلح مع غطفان. والخبر ضعيف الإسناد، وهو مرسل لأن الزهري تابعي.

على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا. وكذلك الحديد لأن أصل السلاح، وكذا بعد الموادعة لأنها على شرف النقض أو الانقضاء فكانوا حرباً علينا، وهذا هو القياس في الطعام والثوب، إلا أنا عرفناه بالنص «فإنه عليه

منهم مسلماً وهو قول مالك. وقال الشافعي: يجب الوفاء به في الرجال دون النساء «لأنه ﷺ فعل ذلك في الحديبية حين جاء أبو جندل بن عمرو بن سهيل وكان قد أسلم فردّه، فصار ينادي يا معشر المسلمين أأردّ إلى المشركين يفتنوني عن ديني؟ فقال له عليه الصلاة والسلام: اصبر أبا جندل واحتسب فإن الله جاعل لك ولمن معك من المستضعفين فرجاً ومخرجاً، وكذا ردّ أبا بصير»[1] وأما لو شرط مثله في النساء لا يجوز ردهنّ ولا شك في انفساخ نكاحها، فلو طلب زوجها الحربيّ المهر هل يعطاه؟ للشافعي فيه قولان: في قول لا يعطاه وهو قولنا وقول مالك وأحمد، وفي قول يعطاه، قال تعالى ﴿فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار﴾ [الممتحنة ١٠] وهذا هو دليل النسخ في حق الرجال أيضاً، إذ لا فرق بين النساء والرجال في ذلك، بل مفسدة ردّ المسلم إليهم أكثر، وحين شرع ذلك كان في قوم من أسلم منهم لا يبالغون في تعذيبه، فإن كل قبيلة لا تتعرض لمن فعل ذلك من قبيلة أخرى إنما يتولى ردعه عشيرته وهم لا يبلغون فيه أكثر من القيد والسبّ والإهانة، ولقد كان بمكة بعد هجرة النبيّ ﷺ جماعة من المستضعفين مثل أبي بصير وأبي جندل بن عمرو بن سهيل إلى نحو سبعين لم يبلغوا فيهم النكاية لعشائرهم والأمر الآن على خلاف ذلك قوله: **(ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب)** إذا حضروا مستأمنين **(ولا يجهز إليهم)** مع التجار إلى دار الحرب **(لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله إليهم)**[2] والمعروف ما في سنن البيهقي ومسند البزار ومعجم الطبراني من حديث بحر بن كنيز السقاء عن عبيد الله اللقيطي عن أبي رجاء عن عمران بن الحصين «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع السلاح في الفتنة»[3]. قال البيهقي: الصواب أنه موقوف. وأخرجه ابن عدى في الكامل عن محمد بن مصعب القرقساني، وقد اختلف فيه، ضعفه ابن معين، وقال ابن عدى: وهو عندي لا بأس به، ونقل عن أحمد نحو ذلك. قال المصنف **(ولأن فيه)** أي في نقل السلاح وتجهيزه إليهم **(تقويتهم على قتال المسلمين وكذا الكراع)** أي الخيل، ولا فرق في ذلك بين ما قبل الموادعة وبين ما بعدها **(لأنها على شرف الانقضاء أو النقض)** قال: **(وهو القياس في الطعام)** أي القياس فيه أن يمنع من حمله إلى دار الحرب لأنه به يحصل التقوّي على كل شيء والمقصود إضعافهم **(إلا أنا عرفناه)** أي نقل الطعام إليهم **(بالنص)** يعني حديث ثمامة، وحديث إسلامه رواه البيهقي من

عنكم، فإن أبيتم ذلك فأنتم وذاك، اذهبوا فلا نعطيكم إلا السيف» فقد مال رسول الله ﷺ إلى الصلح في الابتداء لما أحس الضعف بالمسلمين، فحين رأى القوّة فيهم بما قال السعدان امتنع عن ذلك قوله: **(بأيّ طريق يمكن)** قيل في هذا التعميم شبهة،

---

(١) تقدم تخريجه مستوفياً قبل حديثين فقط. وهو صواب قد رد النبي ﷺ أبا بصير وأبا جندل إلا أن أبا بصير قتل أحد الرجلين الذين أخذاه إلى مكة، وفرّ الآخر فانفلت أبو بصير. وأما أبو جندل فانفلت أيضاً من قريش ولحق بأبي بصير، وصار كل من يؤمن يلحق بهما، وصاروا يقطعون قوافل قريش. وهذا الخبر في البخاري ٢٧٣١ و ٢٧٣٢ مطولاً وهذا بعضه، وتقدم تخريجه كما ذكرت آنفاً.

(٢) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي ٣/ ٣٩١، ووافقه ابن حجر في الدراية فقال: لم أجده اهـ الدراية ٢/ ١١٧ ثم قالا: رواه البزار، والبيهقي، والطبراني كلهم عن أبي رجاء عن عمران بن حصين: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع السلاح في الفتنة».
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٩١: قال البيهقي: رفعه وهم، والصواب وقفه. وقال البزار: فيه عبد الله بن اللقيط ليس بالمعروف. وفيه بحر ابن كنيز لم يكن بالقوي وقد رواه غيره عن أبي رجاء عن عمران موقوفاً اهـ البزار وتابعه محمد بن مصعب القرقساني عن أبي رجاء عن عمران مرفوعاً بنحوه رواه ابن عدي في الكامل والعقيلي.
وقال العقيلي: القرقساني قال عند يحيى: ليس بشيء. ولينه ابن عدي اهـ الزيلعي باختصار. وضعف ابن حجر هذا الحديث في الحبير ٣/ ١٨ فالحديث ورد مرفوعاً بإسناد ضعيف، وموقوفاً لكن يستأنس بالموقوف في هذا المقام انظر البيهقي ٥/ ٣٢٧ والمجمع ٤/ ٨٧/ ١٠٨ والمراد بالفتنة: إن كانت بين المسلمين المؤمنين أما إن كانت بين المسلمين، وبين أعداء الله، فيجوز بل هو من أقرب القربات، وأعداء الله لا يشترط كونهم كفرة ملاحدة فقد يكونوا قد حسبوا أنفسهم على المسلمين، وانتسبوا لهم انتساباً، ولكن في الحقيقة يحاربون الله ورسوله، ويسعون في الأرض فساداً.

(٣) تقدم في الذي قبله. وهو في الكامل لابن عدي ٦/ ٢٦٦.

الصلاة والسلام أمر ثمامة أن يمير أهل مكة وهم حرب عليه».

طريق محمد بن إسحاق عن سعيد المقبري عن أبي هريرة، فذكر قصة إسلام ثمامة، وفي آخره قوله لأهل مكة حين قالوا له أصبوت؟ فقال: إني والله ما صبوت ولكني أسلمت وصدّقت محمداً وآمنت به، وايم الذي نفس ثمامة بيده لا تأتيكم حبة من اليمامة وكانت ريف مكة ما بقيت حتى يأذن فيها محمد ﷺ، وانصرف إلى بلده ومنع الحمل إلى مكة حتى جهدت قريش، فكتبوا إلى رسول الله ﷺ يسألونه بأرحامهم أن يكتب إلى ثمامة يحمل إليهم الطعام، ففعل رسول الله ﷺ. وذكره ابن هشام في آخر السيرة، وذكر أنهم قالوا له صبأت؟ فقال لا، ولكني اتبعت خير الدين دين محمد، والله لا تصل إليكم حبة من اليمامة حتى يأذن فيها رسول الله ﷺ، إلى أن قال: فكتبوا إلى رسول الله ﷺ: إنك تأمر بصلة الرحم وإنك قد قطعت أرحامنا، فكتب عليه الصلاة والسلام إليه أن يخلي بينهم وبين الحمل[1] وأما بيع الحديد فمنعه المصنف (لأنه أصل السلاح) وهو ظاهر الرواية، فإن الحاكم نص على تسوية الحديد والسلاح. وذهب فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير إلى أنه لا يكره حيث قال: وهذا في السلاح، وأما فيما لا يقاتل به إلا بصنعة فلا بأس به كما كرهنا بيع المزامير وأبطلنا بيع الخمر ولم نر ببيع العنب بأساً و لا ببيع الخشب وما أشبه ذلك. وقال الفقيه أبو الليث في شرحه: وليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن يجعله خمراً لأن العصير ليس بآلة المعصية بل يصير آلة لها بعد ما يصير خمراً، وأما هنا فالسلاح آلة الفتنة في الحال، ويكره بيعه ممن يعرف بالفتنة، قيل بإشارة هذا يعلم أن بيع الحديد منهم لا يكره.

[فروع من المبسوط] طلب ملك منهم الذمة على أن يترك أن يحكم في أهل مملكته ما شاء من قتل وظلم لا يصلح في الإسلام لا يجاب إلى ذلك، لأن التقرير على الظلم مع قدرة المنع منه حرام، ولأن الذمي من يلتزم أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات فشرط خلافه باطل، ولو كان له أرض فيها قوم من أهل مملكته هم عبيده يبيع منهم ما شاء فصالح وصار ذمة فهم عبيد له كما كانوا يبيعوه إن شاء لأن عقد الذمة خلف عن الإسلام في الأحرار، ولو أسلم كانوا عبيده، فكذا إذا صار ذمياً، وهذا لأنه كان مالكاً لهم بيده القاهرة وقد ازدادت وكادة بعقد الذمة فإن ظفر عليهم عدوّ فاستنقذهم المسلمون فإنهم يردونهم على هذا الملك بغير شيء قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة كسائر أموال أهل الذمة، وهذا لأن على المسلمين القيام بدفع الظلم عن أهل الذمة كما عليهم ذلك في حق المسلمين، وكذا لو أسلم الملك وأهل أرضه أو أسلموا هم دونه هم عبيده. ولو وادعوا على أن يؤدوا كل سنة شيئاً معلوماً وعلى أن لا يجري عليهم في بلادهم أحكام المسلمين لا يفعل ذلك، إلا أن يكون خيراً للمسلمين لأنهم بهذه الموادعة لا يلتزمون أحكام المسلمين ولا يخرجون من أن يكونوا أهل حرب، وترك القتال مع أهل الحرب لا يجوز إلا أن يكون خيراً للمسلمين،

وهي أنه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه إلا بإجراء كلمة الكفر أو بقتل غيره أو بالزنا، فإن دفع الهلاك بذلك عن نفسه غير واجب بل هو مرخص فيه حتى لو قتل فيها بصبره عنها كان شهيداً. وأجيب عنها بأن معنى الكلام بأي طريق يمكن سوى الأمور التي رخص فيها ولم يجب الإقدام عليها. وأقول: الواجب بمعنى الثابت فتندفع به أيضاً. وقوله: (ولا يجهز إليهم) أي لا يبعث

---

(١) ضعيف. أخرجه البيهقي في دلائل النبوة كما في نصب الراية ٣/ ٣٩١. ٣٩٢ من طريق ابن إسحق حدثني المقبري عن أبي هريرة، فذكر قصة إسلام ثمامة بلفظ الصحيحين وزاد هذه الزيادة التي أوردها المصنف، وأسنده الواقدي في كتاب الردة عن أبي بكر بن أبي حثمة. فذكره مطولاً.

قلت: وخبر إسلام ثمامة في البخاري ٤٣٧٢ ومسلم ١٧٦٥ كلاهما من حديث أبي هريرة مطولاً وآخره: «والله لا يأتيكم من اليمامة حبة حنطة حتى يأذن بها رسول الله ﷺ» اهـ.

وليس في الصحيحين زيادة: «فأمره النبي ﷺ أن يخلّيَ بينهم، وبين الحمل» فالخبر ضعيف في ذكر أمره ﷺ لثمامة بأن يسمح بإرسال الميرة لقريش. فالواقدي واهٍ متروك وابن إسحق متكلم فيه.

. . . .

ثم إن فعل ذلك إن كان بعد ما أحاط بهم الجيش أو قبله برسول تقدّم حكم هذا المال. ولو صالحوهم على أن يؤدوا إليهم في كل سنة مائة رأس من أنفسهم وأولادهم لم يصح، لأن هذا الصلح وقع على جماعتهم فكانوا كلهم مستأمنين واسترقاق المستأمن لا يجوز؛ ألا ترى أن واحداً منهم لو باع ابنه بعد هذا الصلح لم يجز فكذلك لا يجوز تمليك شيء من نفوسهم وأولادهم بحكم تلك الموادعة لأن حريتهم تأكدت، بخلاف ما لو صالحوهم على مائة رأس بأعيانهم أول السنة وقالوا أمنونا على أن هؤلاء لكم ونصالحكم ثلاث سنين مستقبلة على أن نعطيكم كل سنة مائة رأس من رقيقنا فإنه جائز لأن المعينين في السنة الأولى لا تتناولهم الموادعة ومنها يثبت الأمان لهم، فإذا جعلوهم مستثنى من الموادعة بجعلهم إياهم عوضاً للمسلمين صاروا مماليك المسلمين بالموادعة، والمشروط في السنين الكائنة بعد الموادعة أرقاء فجاز. ولو سرق مسلم مالهم بعد الموادعة لا يحل شراؤه منه لأن مال المستأمن لا يملك بالسرقة لأنه غدر فلا يصح شراؤه منه. ولو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الصلح جاز أن يشتري منهم ما أخذوه من أموالهم لأنهم ملكوها بالإحراز كمال المسلمين، ثم لا يلزم رد شيء من ذلك عليهم ولا بالثمن لأنهم بالموادعة ما خرجوا عن كونهم أهل حرب إذ لم ينقادوا إلى حكم الإسلام فلا يجب على المسلمين القيام بنصرتهم، ولو دخل بعضهم دار حرب أخرى فظهر المسلمون عليها لم يتعرضوا له لأنه في أمان المسلمين.

التجار إليهم بالجهاز وهو فاخر المتاع، والمراد به ها هنا السلاح والكراع والحديد. وقوله: (لما بينا) يعني قوله ولأن فيه تقويتهم على قتال المسلمين ويقال مار أهله: أي أتاهم بالطعام.

فصل

(إذا أمن رجل حرّ أو امرأة حرة كافر أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «المسلمون تتكافأ دمائهم ويسعى بذمتهم أدناهم» أي أقلهم وهو الواحد.

فصل في الأمان

وهو نوع من الموادعة في التحقيق قوله: (إذا أمن رجل حر أو امرأة حرة كافراً أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم) على إسناد المصدر إلى المفعول (ولم يجز لأحد من المسلمين قتالهم. والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «المسلمون تتكافأ دماؤهم»)[1] أي لا تزيد دية الشريف على دية الوضيع (ويسعى بذمتهم أدناهم) أخرج أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ «المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم، ويرد عليهم أقصاهم، وهم يد على من سواهم»[2] ومعنى يردّ عليهم أقصاهم: أي يرد الأبعد منهم التبعة عليهم، وذلك أن العسكر إذا دخل دار الحرب فاقتطع الإمام منهم سرايا ووجهها للإغارة فما غنمته جعل لها ما سمى ويرد ما بقى لأهل العسكر لأن بهم قدرت السرايا على التوغل في دار الحرب وأخذ المال. وأما قوله وهم يد الخ: أي كأنهم آلة واحدة مع من سواهم من الملل كالعضو الواحد باعتبار تعاونهم عليهم، لكن رواه ابن ماجه قال: قال رسول الله ﷺ «المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويجير عليهم أقصاهم وهم يد»[3] ففسر الرد في ذلك الحديث بالإجارة، فالمعنى يرد الإجارة عليهم حتى يكون كلهم مجيراً. والمقصود من هذا الحديث محل الدية. وهو في الصحيحين عن عليّ رضي الله عنه قال: ما كتبنا عن النبيّ ﷺ إلا القرآن وما في هذه الصحيفة. قال عليه الصلاة والسلام «المدينة حرم، فمن أحدث فيها حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفاً ولا عدلاً، وذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم، فمن أخفر مسلماً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفاً ولا عدلاً»[4] وأخرج البخاري نحوه أيضاً[5] من حديث أنس ومسلم من

فصل

لما كان الأمان نوعاً من الموادعة لأن فيه ترك القتال كالموادعة ذكره في فصل على حدة وكلامه واضح. وقوله: (ويسعى بذمتهم) أي بعهدهم وأمانهم (أدناهم: أي أقلهم وهو الواحد) لأنه لا أقل منه، وإنما فسر الأدنى ها هنا بالأقل احترازاً عن تفسير

فصل وإذا أمن رجل حر

---

(١) هو الآتي.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٤٥٣١ وابن ماجه ٢٦٨٥ وأحمد ٢/ ١٩٢ . ٢١١ والبيهقي ٨/ ٢٩ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، وإسناده حسن وشاهده حديث علي الآتي، فهو صحيح.

(٣) هذا اللفظ لابن ماجه وتقدم في الذي قبله. وقد ورد من حديث ابن عباس بنحوه أخرجه ابن ماجه ٢٦٨٣ وفيه حنش الصنعاني فيه ضعف. وأخرجه ابن ماجه ٢٦٨٤ من حديث معقل بن يسار باختصار.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٣١٧٩ و ١٨٧٠ وابن حبان ٣٧١٧ وأحمد ١/ ١٢٦ كلهم من حديث علي هكذا مختصراً.
وأخرجه البخاري ١١١ و ١٨٧٠ و ٣١٧٢ و ٣٠٤٧ و ٦٧٥٥ و ٦٩١٥ ومسلم ١٣٧٠ وأبو داود ٢٠٣٥ والترمذي ٢١٢٧ و ١٤١٢ والنسائي ٨/ ٢٣ والدارمي ٢/ ١٩٠ وابن ماجه ٢٦٥٨ وابن الجارود ٧٩٤ وأبو يعلى ٣٢٨ و ٦٢٨ وابن حبان ٣٧١٦ وأحمد ١/ ٨١ . ١٥١ . ١١٨ . ١٥٢ والبيهقي ٨/ ٢٨ من طرق عدة كلهم عن علي في خبر الصحيفة المشهور وفيه: «ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم، فمن أخفر مسلماً، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين. . .» الحديث. رووه مطولاً ومختصراً.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ١٨٦٧ و ٨٣٠٦ من حديث أنس لكن اقتصر على صدره، فلفظه: «عن النبي ﷺ قال: المدينة حرم من كذا إلى كذا لا يُقطع شجرها، ولا يحدث فيها حدث من أحدث حدثاً، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين» اهـ فليس فيه مراد المصنف.

ولأنه من أهل القتال فيخافونه إذ هو من أهل المنعة فيتحقق الأمان منه لملاقاته محله ثم يتعدى إلى غيره، ولأن سببه لا

حديث أبي هريرة[1]، ومن قال[2] إن الشيخ علاء الدين وهم إذ أخرجه من حديث عليّ من جهة أبي داود. والواقع أن الشيخين أخرجاه غلط، فإن ما في الصحيحين ليس فيه «تتكافأ دماؤهم» وهو يريد أن يخرج ما ذكره في الهداية لا ما هو محل الحاجة من الحديث فقط، وفسر المصنف أدناهم بأقلهم في العدد (وهو الواحد) احترازاً عن تفسير محمد من الدناءة ليدخل العبد كما سيأتي وليس بلازم، إذ هو على هذا التفسير أيضاً فيه دليل لمحمد وهو إطلاق الأدنى بمعنى الواحد فإنه يتناول الواحد حراً أو عبداً. وقد ثبت في أمان المرأة أحاديث: منها حديث أم هانىء في الصحيحين رضي الله عنها «قالت: يا رسول الله زعم ابن أمي عليّ أنه قاتل رجلاً قد أجرته فلان بن فلان، قال عليه الصلاة والسلام: قد أجرنا من أجرت وأمنا من أمنت»[3] ورواه الأزرقي من طريق الواقدي عن ابن أبي ذئب عن المقبري عن أبي مرة مولى عقيل عن أم هانىء بنت أبي طالب رضي الله عنها قالت «ذهبت إلى رسول الله ﷺ فقلت له: يا رسول الله إني أجرت حموين لي من المشركين فأراد هذا أن يقتلهما، فقال عليه الصلاة والسلام: ما كان له ذلك»[4] الحديث. وكان الذي أجارته أم هانىء عبدالله بن أبي ربيعة بن المغيرة والحرث بن هشام بن المغيرة كلاهما من بني مخزوم. ومنها ما رواه أبو داود: حدثنا عثمان بن أبي شيبة عن سفيان بن عيينة عن منصور عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها قالت: إن كانت المرأة لتجير على المؤمنين فيجوز[5]. وترجم الترمذي باب أمان المرأة، حدثنا يحيى بن أكثم إلى أبي هريرة عن النبي ﷺ قال «إن المرأة لتأخذ للقوم» يعني تجير القوم على المسلمين[6]. وقال: حديث حسن غريب،

محمد حيث فسره بالعبد لأنه جعله من الدناءة والعبد أدنى المسلمين. وقوله: (ولأنه) أي ولأن كل واحد من الرجل والمرأة (من أهل القتال) أما الرجل فظاهر، وأما المرأة فبالتسبب بالمال أو العبيد، وأما قوله عليه الصلاة والسلام «ما كانت هذه تقاتل» معناه بنفسها. وقوله: (لملاقاته) أي لملاقاة الأمان (محله) لأن محله هو محل الخوف وهو موجود فيهما على ما ذكرنا. وقوله: (ثم يتعدى) أي الأمان (إلى غيره) أي غير الذي أمن من أهل الإسلام كما في شهادة رمضان، فإن الصوم يلزم من شهد برؤية الهلال ثم يتعدى منه إلى غيره قوله: (ولأن سببه لا يتجزأ وهو الإيمان) أي التصديق بالقلب (فكذا الأمان لا يتجزأ) فإذا تحقق من البعض فإما أن يبطل أو يكمل، لا يجوز الأول بعد تحقق السبب فيتحقق الثاني، كما إذا وجد الإنكاح من بعض الأولياء المتساوية في الدرجة

قوله: (وهو الإيمان: أي التصديق) أقول: قال الإتقاني: وهو الإيمان أي إعطاء الأمان اهـ. وأنت خبير بأن تفسير الشارح أولى منه، يدل عليه قول عمر رضي الله عنه إنه رجل من المسلمين على ما سيجيء. قوله: (وقوله إلا أن يكون في ذلك مفسدة استثناء من قوله صح أمانهم) أقول: بل استثناء من قوله ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٣٧١ بنحو حديث علي وفيه: وذمة المسلمين واحدة يسعى... الحديث.
أخرج من حديث أبي هريرة.

(٢) القائل هو الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٩٤ وليس في الصحيحين لفظ: «تتكافأ دماؤهم» فهو كما قال ابن الهمام. لكن أرى للزيلعي في انتقاده لشيخه علاء الدين مخرجاً، وهو أن يذكر ما في أبي داود، ثم يقول: وأصله في الصحيحين والله أعلم.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٣٥٧ و ٣١٧١ و ٦١٥٨ ومسلم ٧٢٠ ح ٨٢ وأبو داود ٢٧٦٣ والترمذي بإثر حديث ١٥٧٩ ومالك ١/ ١٥٢ ح ٢٨ والبيهقي ٣/ ٤٨ وابن حبان ١١٨٨ كلهم من حديث أم هانىء وله قصة. وكذا رواه أحمد ٦/ ٤٢٣ ـ ٤٢٤.

(٤) حسن لشاهده ذكره ابن حجر في الفتح ١/ ٤٧٠، وقال: رواه الأزرقي من طريق الواقدي من حديث أم هانىء. وجزم ابن هشام في تهذيب السيرة بأن الذين أجارتهما أم هانىء هما الحارث بن هشام وزهير بن أبي ربيعة. ثم ذكر ابن حجر كلاماً، ومال إلى هذا القول ورجحه. فالحديث حسن لشاهده عن ابن إسحق، وإلا فالواقدي واهٍ. وانظر سيرة ابن هشام ٤/ ٢١

(٥) جيد. أخرجه أبو داود ٢٧٦٤ من حديث عائشة موقوفاً وإسناده جيد رجاله كلهم ثقات معروفون وله حكم الرفع.

(٦) صحيح لشواهده. أخرجه الترمذي ١٥٧٩ من حديث أبي هريرة وقال: حسن غريب وسألت البخاري عنه فقال: صحيح. كثير بن زيد سمع الوليد ابن رباح، والوليد سمع من أبي هريرة، وهو مقارب الحديث. اهـ.
قلت فالحديث غير قوي كما ترىٰ إلا أن البخاري صحح اتصال سنده، أو صححه لشاهده حديث أم هانىء. والله تعالىٰ أعلم.

يتجزأ وهو الإيمان، وكذا الأمان لا يتجزأ فيتكامل كولاية الإنكاح. قال: **(إلا أن يكون في ذلك مفسدة. فينبذ إليهم)** كما إذا أمن الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه. ولو حاصر الإمام حصناً وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الإمام لما بينا، ويؤدبه الإمام لافتياته على رأيه، بخلاف ما إذا كان فيه نظر لأنه ربما تفوت المصلحة

وقال في علله الكبرى: سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال: هو حديث صحيح. وكثير بن زيد وهو في السند سمع من الوليد بن رباح، والوليد بن رباح سمع من أبي هريرة. ومنها حديث إجارة زينب بنت رسول الله ﷺ أبا العاص، فقال عليه الصلاة والسلام: «ألا وإنه يجير على المسلمين أدناهم»[1] رواه الطبراني بطوله. قال المصنف **(ولأنه من أهل القتال)** أي الواحد ذكرا كان أو أنثى فإنها من أهله بالتسبب بمالها وعبيدها فيخاف منه **(فيتحقق الأمان منه لملاقاته محله)** أي محل الأمان وهو الكافر الخائف، وإذا صدر التصرف من أهله في محله نفذ **(ثم يتعدى إلى غيره)** أي غير المجير من المسلمين. وأما قوله ولأن سببه لا يتجزأ الخ فيصلح تعليلاً بلا واو للتعدي، فإن ما ذكره من المعنى لا يزيد على اعتبار الأمان بالنسبة إلى المؤمن، فأما تعديه إلى غيره فليس ضرورياً فلا بد له من دليل. وما ذكر من عدم التجزي يصلح دليلاً له فإنه إذا لم يتجزأ كان أمان الواحد أمان الكل لأنه بعض أمان الكل. واستدل على عدم تجزيه بأن سببه وهو الإيمان لا يتجزأ فكذا الأمان، وفسر بالتصديق الذي هو ضد الكفر وبعضهم بإعطاء الأمان لأنه يقال آمنته فأمن: أي أعطيته الأمان فأمن. ولا يصح أن يقال آمنت بمعنى صدقت بالدين فأمن الكافر: أي حصل له الأمان، وهذا إنما يتم إذا كان السبب علة وهو مجاز، فإن حقيقة السبب المفضي فلا يلزم من وجوده الوجود، ولا شك أن الإيمان بالله ورسوله سبب مفض إلى أمان الحربي بإعطاء المسلم إياه له، فالحق أن كلاً منهما يصح الإيمان: أي إعطاء الأمان سبب الأمان بمعنى علته لا يتجزأ فلا يتجزأ الأمان، أو الإيمان بمعنى التصديق سبب حقيقي للأمان لا يتجزأ فلا يتجزأ الأمان وصار **(كولاية الإنكاح)** إذا زوّج أحد الأولياء المستوين نفذ على الكل. واعلم أن كونها لا تتجزأ إنما علمناه من النص الموجب للنفاذ على الكل إذا صدر من واحد فهو المرجع في ذلك وقوله: **(إلا إذا كان في ذلك)** أي أمان الواحد **(مفسدة فينبذ إليهم كما إذا أمن الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه)** في الباب السابق وهو قولنا يفعل تحرزاً

صح النكاح في حق الكل لأن سبب ولايته وهو القرابة غير متجزىء فلا تتجزأ الولاية فكذلك ههنا. واعلم أن المصنف استدل بالمعقول على وجهين: جعل المناط في أحدهما كون من يعطى الأمان ممن يخافونه وفي الآخر الإيمان، والأول يقتضي عدم جواز أمان العبد المحجور والتاجر والأسير، والثاني يقتضي جوازه، ولو جعلها علة واحدة بحذف الواو من الثاني ليقع علة لقوله ثم يتعدى إلى غيره كان أولى، ويمكن أن يجعل الأول علة والثاني شرطاً وسماه سبباً مجازاً، والشيء يبقى على عدمه عند عدم شرطه وسيجيء في كلامه إشارة إلى هذا. وقوله: **(إلا أن يكون في ذلك مفسدة)** استثناء من قوله صح أمانهم. وقوله: **(وقد بيناه)** يعني في باب الموادعة بقوله وإن صالحهم مدة الخ وإليه أيضاً أشار بقوله: **(لما بينا)** قيل قوله: **(ولو حاصر الإمام حصناً وأمن واحد من الجيش)** تكرار محض لأنه علم ذلك من قوله إلا أن يكون في ذلك مفسدة. وأقول: يجوز أن يكون ذلك قبل أن يحاصر الإمام وهذا بعده، ويجوز أن يكون أعاده تمهيداً وتوطئه لقوله ويؤدبه الإمام لا فتياته على رأيه: أي لسبقه على رأي الإمام،

---

(١) حسن. أخرجه الحاكم في المستدرك ٤/ ٤٥ والطبراني كما في المجمع ٩/ ٢١٣ والبيهقي ٩/ ٩٥ كلاهما من حديث أم سلمة بأتم منه، وهذا عجزه قال الهيثمي: فيه ابن لهيعة فيه ضعف، وبقية رجاله ثقات.

قلت: الراوي عند أحد العبادلة، وهو عبد الله بن وهب وهذا ممن سمع منه قبل اختلاطه. لذا سكت عليه الذهبي. وأخرجه الحاكم ٤/ ٤٥ من حديث أنس، ولفظه: «أجارت زينب بنت رسول الله ﷺ امرأة أبي العاص زوجها أبا العاص بن الربيع، فأجاز رسول الله ﷺ جوارها».

وفيه عبد الله بن السمح، وقد تابع صالح بن كيسان على الزهري به ورواه الطبراني مطولاً كما في المجمع ٩/ ٢١٤ ـ ٢١٦ من رواية ابن إسحق عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم حُدثت عن زينب. فذكره مطولاً.

وقال الهيثمي: هو مرسل، ورجاله رجال الصحيح اهـ فالحديث بمجموع طرقه يصير حسناً. لا سيما، وقد رواه البيهقي من جهة ابن إسحق عن يزيد بن رومان فذكره، وهو منقطع لكن يقوي حديث الباب، فهو حسن إن شاء الله انظر البيهقي ٩/ ٩٥.

بالتأخير فكان معذوراً **(ولا يجوز أمان ذميّ)** لأنه متهم بهم، وكذا لاولاية له على المسلمين. قال: **(ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم)** لأنهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والأمان يختص بمحل الخوف ولأنهما يجبران عليه فيعرى الأمان عن المصلحة، ولأنهم كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيراً أو تاجراً فيتخلصون بأمانة فلا ينفتح لنا باب الفتح، ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لا يصح أمانه لما بينا **(ولا يجوز أمان العبد المحجور عند أبي حنيفة إلا أن يأذن له مولاه في القتال. وقال محمد يصح)** وهو قول الشافعي، وأبو يوسف معه في رواية، ومع أبي حنيفة في رواية

عن الغدر وعن ترك الجهاد صورة ومعنى. وأما قوله: **(ولو حاصر الإمام حصناً وأمن واحد من الناس الخ)** فليس تكراراً محضاً بل ذكره ليبني عليه قوله: **(ويؤدبه الإمام لا فتياته على رأيه بخلاف، ما إذا كان فيه نظر)** لا يؤدبه **(لأنه ربما)** فعل ذلك مخافة أن **(تفوت المصلحة بالتأخير)** إلى أن يعلم الإمام بها ويؤمن هو بنفسه. والافتيات افتعال من الفوت وهو السبق، وإنما يقال الافتعال للسبق إلى الشيء دون ائتمار من ينبغي أن يؤامر فيه، بخلاف غيره يقال فاتني ذلك الفارس: أي سبقني فأصله افتوات قلبت واوه ياء لكسر ما قبلها، والتعليل به مطلقاً يقتضي أن يؤدبه مطلقاً لتحقق الافتيات فيما فيه المصلحة، فالوجه تقييده بقولنا افتيات فيما لا مصلحة فيه قوله: **(ولا يجوز أمان ذمي لأنه متهم بهم)** على المسلمين لموافقته لهم اعتقاداً، وأيضاً لا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى **﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾** [النساء ١٤١] والأمان من باب الولاية لأنه نفاذ كلامه على غيره شاء أو أبى **(ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم)** في دار الحرب **(لأنهما مقهوران تحت أيديهم والأمان)** يختص بمحل الخوف، ولأنهما يجبران عليه فيعرى الأمان عن المصلحة، ولأنه كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيراً أو تاجراً فيتخلصون بأمانه فلا ينفتح باب الفتح قوله: **(ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لم يصح أمانه لما بينا)** من أن الأمان يختص بمحل الخوف ولا خوف منه حال كونه مقيماً في دارهم لا منعة له ولا قوة دفاع قوله: **(ولا يصح أمان العبد المحجور عليه عند أبي حنيفة إلا أن يأذن له مولاه في القتال، وقال محمد يصح. وهو قول الشافعي)** وبه قال مالك وأحمد **(وأبو يوسف في رواية)** لإطلاق الحديث المذكور وهو قوله «ويسعى بذمتهم أدناهم»[1] (و) لما **(روى أبو موسى الأشعري من قوله عليه الصلاة والسلام «أمان العبد أمان»**[2] **ولأنه مؤمن ممتنع)** أي له قوّة يمتنع بها ويضر غيره **(فيصح أمانه اعتباراً بالمأذون له في القتال والمؤبد من الأمان)** وهو عقد الذمة، فإن العبد المحجور إذا عقد الذمة لأهل مدينة صح ولزم وصاروا أهل ذمة، فهذا وهو الموقت من الذمة أولى بالصحة، وهذا لأن ذلك تمام المؤثر في صحة الأمان. أما الإيمان فلأنه شرط

وحقيقة الافتيات الاستبداد بالرأي وهو افتعال من الفوت وهو السبق قوله: **(ولا يجوز أمان ذمي لأنه متهم بهم)** أي بالكفار للاتحاد في الاعتقاد. وقوله: **(لا يصح أمانه لما بينا)** يعني قوله والأمان يختص بمحل الخوف. قال: **(ولا يجوز أمان العبد الخ)** اتفق العلماء على أن أمان العبد المأذون صحيح لما روي أن عبداً كتب على سهمه بالفارسية مترسيت ورمى به إلى قوم محصورين، فرفع ذلك إلى عمر رضي الله عنه فأجاز أمانه وقال إنه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلاً لأن الرمي فعل المقاتل، وأما العبد المحجور عن القتال فلا يصح أمانه عند أبي حنيفة، ويصح عند محمد والشافعي. وذكر الكرخي قول أبي يوسف مع محمد واعتمد عليه القدوري في شرحه، وذكره الطحاوي مع أبي حنيفة وهو الظاهر عنه، واعتمد عليه صاحب الأسرار، واستدلال

قوله: **(قيل قوله ولو حاصر الإمام)** أقول: صاحب القيل هو الإتقاني قوله: **(وأقول يجوز أن يكون ذلك، إلى قوله: ويجوز أن يكون الخ)** أقول: في كلا الوجهين بحث.

---

(١) تقدم قبل قليل وإسناده صحيح لشواهده تقدم في أول هذا الباب

(٢) لا أصل له. قال عنه الزيلعي ٣/ ٣٩٦: غريب. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١١٨: لم أجده.
وافقهما ابن الهمام كما سيأتي بعد قليل حيث قال: لا يعرف.

لمحمد قوله عليه الصلاة والسلام «أمان العبد أمان» رواه أبو موسى الأشعري. ولأنه مؤمن ممتنع فيصح أمانه اعتباراً بالمأذون له في القتال وبالمؤيد من الأمان، فالإيمان لكونه شرطاً للعبادة، والجهاد عبادة، والامتناع لتحقق إزالة الخوف به والتأثير إعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين إذ الكلام في مثل هذه الحالة. وإنما لا يملك المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول. ولأبي حنيفة أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه

للعبادات والجهاد من أعظمها. وأما اعتبار الامتناع فلتحقق إزالة الخوف وبذلك يتحقق المؤثر الجامع بين الأصل والفرع، وهو (**إعزاز الدين وإقامة مصلحة المسلمين إذ الكلام في مثل هذه الحالة**) لا فيما لا مصلحة فيه (**وإنما لا يملك المسايفة**) أي الجهاد بالسيف لتعريض منافعه المملوكة للمولى على الفوات بأن يقتل، وهذا المانع إنما يؤثر في الجهاد بذلك الوجه لا بوجه إعطاء الأمان لمصلحة المسلمين، فلم يبق بينه وبين المحجور عليه في هذا النوع من الجهاد فرق فيجب اعتباره منه (**ولأبي حنيفة**) ومالك في رواية سحنون عنه (**أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه**) لانتفاء الخوف منه (**فلم يلاق الأمان محله**) وهو الخائف من المؤمن فلم يحصل المؤثر فيه وهو الإعزاز لأنه ممن لا يخاف منه ولا المصلحة، لأن الظاهر أنه يخطىء لأن معرفة المصلحة في الأمان إنما تقوم بمن يباشر القتال وهو المأذون لأنه أدرى بالأمر من غير الممارس له.

وفي خطئه سد باب الاستغنام على مولاه وعلى المسلمين فلم يعر عن احتمال الضرر احتمالاً راجحاً (**بخلاف**) العبد (**المأذون، وبخلاف**) الأمان (**المؤيد**) بإعطاء الجزية (**لأنه خلف عن الإسلام فهو بمنزلة الدعوة إلى الإسلام**) ولكل مسلم عبد أو حر ذلك (**ولأنه مقابل بالجزية**) فالمصلحة للسيد ولعامة المسلمين محققة فيه (**ولأنه مفروض عند مسئلتهم**) لأن الله تعالى غيا قتالهم به بقوله تعالى ﴿**حتى يعطوا الجزية**﴾ [التوبة ٢٩] ففي عقد الذمة لهم (**إسقاط الفرض**) عن الإمام وعامة المسلمين، وهو كذلك (**نفع**) محقق (**فافترقا**) واعلم أن وجه العامة تضمن قياسين: قياس أمان المحجور على أمان المأذون في القتال، وقياس أمان المحجور على عقد الذمة من المحجور. ولا شك أن فرق أبي

محمد بالحديث ظاهر. وقوله: (**ولأنه مؤمن ممتنع**) أي ذو قوّة وامتناع إشارة إلى شرط جواز الأمان وهو الإيمان وإلى علته وهو الخوف لأن الخوف إنما يحصل ممن له قوّة وامتناع. وقوله: (**وبالمؤيد من الأمان**) يعني عقد الذمة، فإن الحربي إذا عقد عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد يصح هذا العقد والقبول من العبد ويصير ذمياً بالاتفاق حتى تجري عليه أحكام أهل الذمة من المنع عن الخروج إلى دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك. وقوله: (**فالإيمان لكونه شرطاً للعبادة**) يعني شرطنا الإيمان في قولنا ولأنه مؤمن ممتنع فيصح أمانه لأنه شرط للعبادة (**والجهاد عبادة**) وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم وسيجيء في كلامه إشارة إلى هذا. وقوله: (**والامتناع**) يعني وشرطنا الامتناع ليتحقق إزالة الخوف به. وقوله: (**والتأثير إعزاز الدين**) يعني العلة الجامعة في قياس العبد المحجور على المأذون له إعزاز الدين وإقامة المصلحة الخ. وتحقيق هذا أن الوصف المؤثر في أمان العبد المأذون له الامتناع وشرطه الإيمان، وهذا الوصف معلل بظهور أثره وهو إعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين في عين هذا الحكم وهو الأمان في الحر، فإذا وجد في المحجور عليه صح تعديته إليه كما في سائر الأقيسة. وقوله: (**وإنما لا يملك المسايفة**) جواب عما يقال الأصل في الجهاد هو المسايفة وهو لا يملكه فلا يملك الأمان أيضاً، وتقريره إنما لا يملك المسايفة (**لمافيه من تعطيل منافع المولى**) وهو لا يملك ذلك (**ولا تعطيل**) لمنافعه (**في مجرد القول**) وقوله: (**ولأبي حنيفة أنه محجور عن القتال**) يصح أن يكون ممانعه. وتقريره لا نسلم وجود الامتناع لأن الامتناع إنما يكون لتحقق

قال المصنف: (**فالإيمان لكونه شرطاً الخ**) أقول: سيجيء أن الأمان نوع قتال قوله: (**وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم الخ**) أقول: يعني تقدم تخميناً بعشرين سطراً وهو قوله والشيء يبقى على عدمه عند عدم شرطه، وسيجيء في كلامه إشارة إلى هذا. قوله: (**ولو قال المصنف إنه محجور عن القتال الخ**) أقول: إن أراد أنه محجور عن القتال الحقيقي والحكمي فهو ممنوع، بل هو أول المسألة وإن أراد أنه محجور عن الحقيقي فمسلم وليس الأمان منه ولعله إنما أمر بالتأمل لذلك.

لأنهم لا يخافونه فلم يلاق الأمان محله. بخلاف المأذون له في القتال لأن الخوف منه تحقق، ولأنه إنما لا يملك المسايفة لما أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه، والأمان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لأنه قد يخطىء بل هو الظاهر، وفيه سد باب الاستغنام، بخلاف المأذون لأنه رضي به والخطأ نادر لمباشرته القتال.

حنيفة في الثاني متجه. وأما دفعه القياس الأول فلا لأنه إن فرق بأنه لا يخاف منه والآخر يخاف منه فالظاهر أن ذلك بالنسبة إلى أهل الحرب غير معلوم، فإنهم لا يعرفون المأذون له فيخافونه من غيره فلا يخافونه بل كل من رواه مع المسلمين سوى البنية فهو مخوف لهم. وأما بأن الظاهر خطؤه في المصلحة فلا تأثير له لأن الأمان غير لازم إذا لم يكن فيه مصلحة، بل إذا كان كذلك نبذ إليهم الإمام به. نعم الاستدلال بالحديث المروى عن أبي موسى غير تام لأنه حديث لا يعرف[1]. فإن قلت: فقد روى عبد الرزاق: حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشي قال: شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شاهرتا، فحاصرناها شهراً، حتى إذا كنا ذات يوم وطمعنا أن نصبحهم انصرفنا عنهم عند المقيل، فتخلف عبد منا فاستأمنوه فكتب إليهم أماناً ثم رمى به إليهم، فلما رجعنا إليهم خرجوا إلينا في ثيابهم ووضعوا أسلحتهم، فقلنا لهم: ما شأنكم، فقالوا أمنتمونا، وأخرجوا إلينا السهم فيه كتاب بأمانهم، فقلنا: هذا عبد والعبد لا يقدر على شيء، قالوا: لا ندري عبدكم من حرمكم وقد خرجنا بأمان، فكتبنا إلى عمر رضي الله عنه، فكتب إن العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم. ورواه ابن أبي شيبة وزاد: وأجاز عمر أمانه[2]. فالجواب أنها واقعة حال فجاز كونه مأذوناً له في القتال، وأيضاً جاز كونه محجوراً والأمان كان عقد ذمة وأنه يصح منه والله أعلم؛ إلا أن إطلاق عمر قوله العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم في رواية عبد الرزاق يقتضي إناطته مطلقاً بذلك، والحديث جيد، وفضيل بن يزيد الرقاشي وثقه ابن معين قوله: **(وإن أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح)** بإجماع الأئمة الأربعة **(كالمجنون وإن كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف)** بين أصحابنا لا يصح عند أبي حنيفة ويصح عند محمد، وبقول أبي حنيفة قال الشافعي وأحمد في وجه لأن قوله غير معتبر كطلاقه وعتاقه، وبقول محمد قال مالك وأحمد **(وإن كان مأذوناً له في القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق)** بين أصحابنا، وبه قال مالك وأحمد لأنه تصرف دائر

إزالة الخوف وهم لا يخافونه، وأن يكون معارضة وهو الظاهر من كلام المصنف، وتقريره أنه محجور عن القتال وكل محجور عن القتال لا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه، وفيه نظر فإن الخوف أمر باطن لا دليل على وجوده ولا عدمه، فالكفار من أين يعلمون أنه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه. والجواب أن ذلك يعلم بترك المسايفة فإنهم لما رأوا شاباً مقتدراً على القتال مع المقاتلين ولا يحمل سلاحاً ولا يقاتلهم علموا أنه ممنوع عن ذلك ممن له المنع. ولو قال المصنف إنه محجور عن القتال والأمان نوع قتال لكان أسهل إثباتاً لمذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فتأمل. وقوله: **(وفيه ما ذكرناه)** يريد أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر. وقوله: **(وفيه سدّ باب الاستغنام)** أي على المسلمين وذلك ضرر في حقهم، فإذا كان ممنوعاً عن الضرر للمولى فكيف يصح منه ما يضر المولى والمسلمين. وقوله: **(وبخلاف المؤبد)** جواب عن قياس محمد صورة النزاع على عقد الذمة **(لأنه)** أي الأمان المؤبد **(خلف عن الإسلام)** من حيث إنه ينتهي به القتال المطلوب به إسلام الحربي **(فهو بمنزلة الدعوة إليه)** أي إلى الإسلام وهي نفع **(ولأنه مقابل بالجزية)** وهي نفع **(ولأنه مفروض عند مسئلتهم ذلك)** يعني أن الكفار إذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الإمام إجابتهم إليه **(وإسقاط الفرض نفع فافترقا)** وقوله: **(فهو على الخلاف)** يعني على قول أبي حنيفة رضي الله عنه

---

(١) لا أصل له. تقدم في الذي قبله.

(٢) موقوف حسن أخرجه البيهقي ٩/ ٩٤ مختصراً وعبد الرزاق وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٣٩٦ كلهم عن فضيل بن يزيد الرقاشي.

وقال الزيلعي: قال في التنقيح. ابن عبد الهادي. الرقاشي وثقه ابن معين اهـ.

تنبيه: وقع في نصب الراية وكذا فتح القدير: فضيل بن يزيد. وصوابه: ابن زيد كما في سنن البيهقي، والجرح لابن أبي حاتم ٧/ ٧٢ ونقل عن ابن معين فيه: صدوق ثقة.

وبخلاف المؤبد لأنه خلف عن الإسلام فهو بمنزلة الدعوة إليه، ولأنه مقابل بالجزية ولأنه مفروض عند مسئلتهم ذلك، وإسقاط الفرض نفع فافترقا. ولو أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وإن كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف. وإن كان مأذوناً له في القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق.

بين النفع والضرر فيملكه الصبي المأذون، والمراد بكونه يعقل أن يقعل الإسلام ويصفه، وأضاف أبا يوسف إلى أبي حنيفة في السير الكبير في عدم الصحة، وإنما قال المصنف: والأصح والله أعلم لأنه أطلق المنع في الصبيّ المراهق عن أبي حنيفة كما نقله الناطفي في الأجناس ناقلاً عن السير الكبير فقال: قال محمد: الغلام الذي راهق الحلم وهو يعقل الإسلام ويصفه جاز له أمانه، ثم قال: وهذا قوله، فأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فلا يجوز، وكذا وقع الإطلاق في كفاية البيهقي فقال: لا يجوز أمان الصبيّ المراهق ما لم يبلغ عند أبي حنيفة، وعند محمد يجوز إذا كان يعقل الإسلام وصفاته، وكذا المختلط العقل لأنه من أهل القتال كالبالغ إلا أنه يعتبر أن يكون مسلماً بنفسه، فهذا كما ترى إجراء للخلاف في الصبي مطلقاً. قال المصنف: والأصح التفصيل بين كون العاقل محجوراً عن القتال أو مأذوناً له فيه، ففي الثاني لا خلاف في صحة الأمان. هذا ومن ألفاظ الأمان قولك للحربي لا تخف ولا توجل أو مترسيت أو لكم عهد الله أو ذمة الله أو تعال فاسمع الكلام، ذكره في السير الكبير. وقال الناطفي في السير إملاء: سألت أبا حنيفة عن الرجل يشير بإصبعه إلى السماء لرجل من العدو، فقال: ليس هذا بأمان، وأبو يوسف استحسن أن يكون أماناً، وهو قول محمد والله أعلم.

لا يصح أمانه وعند محمد يصح. وقوله: (والأصح أنه يصح بالاتفاق) أي باتفاق أصحابنا ليس على الخلاف لأنه تصرف دائر بين النفع والضرر كالبيع فيملكه الصبيّ بعد الإذن.

باب الغنائم وقسمتها

(وإذا فتح الإمام بلدة عنوة) أي قهراً (فهو بالخيار إن شاء قسمه بين المسلمين) كما فعل رسول الله ﷺ بخيبر (وإن

باب الغنائم وقسمتها

لما ذكر قتال الكفار وذكر ما ينتهي به من الموادعة ذكر ما ينتهي إليه غالباً وهو القهر والاستيلاء على النفوس وتوابعها، وإنما كان ذلك غالباً لاستقراء تأييد الله تعالى جيوش المسلمين ونصرتهم في الأكثر قوله: (وإذا فتح الإمام بلدة عنوة) يجوز في الواو ما قدمناه في قوله وإذا حاصر الأمام، وفسر المصنف العنوة بالقهر وهو ضدها لأنها من عنا يعنو عنوة وعنوا إذا ذل وخضع، ومنه ﴿وعنت الوجوه للحي القيوم﴾ [طه ١١١] وإنما المعنى فتح بلدة حال كون أهلها ذوي عنوة: أي ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم، وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد إلا في ألفاظ عند بعضهم، وإطلاق اللازم وإرادة الملزوم في غير التعاريف بل ذلك في الإخبارات على أن يراد معنى المذكور لا المجازي، لكن لينتقل منه إلى آخر هو المقصود بتلك الإرادة ككثير الرماد، ولو أراد به نفس الجود كان مجازاً من المسبب في السبب. والوجه أنه مجاز اشتهر، فإن عنوة اشتهر في نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه نفسه تعريفاً، وإذا فتح الإمام بلدة عنوة (فهو بالخيار إن شاء قسمه) أي البلد (بين الغانمين) مع رؤوس أهلها استرقاقاً وأموالهم بعد إخراج الخمس لجهاته، وإن شاء قتل مقاتلهم وقسم ما سواهم من الأراضي والأموال والذراري، ويضع على الأراضي المقسومة العشر لأنه ابتداء التوظيف على المسلم، وإن شاء منّ عليهم برقابهم وأرضهم وأموالهم فوضع الجزية على الرؤوس والخراج على أرضهم من غير نظر إلى الماء الذي يسقى به أهو ماء العشر كماء السماء والعيون والأودية والآبار أو ماء الخراج كالأنهار التي شقتها الأعاجم لأنه ابتداء التوظيف على الكافر. وأما المنّ عليهم برقابهم وأرضهم فقط فمكروه، إلا أن يدفع إليهم من المال ما يتمكنون به من إقامة العمل والنفقة على أنفسهم وعلى الأراضي إلى أن تخرج الغلال، وإلا فهو تكليف بما لا يطاق. وأما المنّ عليهم برقابهم مع المال دون الأرض أو برقابهم فقط فلا يجوز لأنه إضرار بالمسلمين بردهم حرباً علينا إلى دار الحرب. نعم له أن يبقيهم أحراراً ذمة بوضع الجزية عليهم بلا مال يدفعه إليهم فيكونوا فقراء يكتسبون بالسعي والأعمال، وله أن يقتلهم وله أن يسترقهم كما سيذكر. هذا وقد قيل الأولى الأول وهو قسمة الأراضي وغيرها إذا كان بالمسلمين حاجة، والثاني عند عدمها. ثم استدل على جواز قسمة الأرض بقسمته عليه الصلاة والسلام خيبر بما في البخاري عن زيد بن أسلم عن أبيه قال: قال عمر رضي الله عنه: لولا

باب الغنائم وقسمتها

أخر باب الغنائم وحكمها عن فصل الأمان لأن الإمام بعد المحاصرة إما أن يؤمنهم أو يقتلهم ويستغنم أموالهم، فلما فرغ من ذكر الأمان ذكر الغنائم وقسمتها. والغنيمة ما نيل من أهل الشرك عنوة والحرب قائمة. وحكمها أن تخمس والباقي بعد الخمس للغانمين خاصة (وإذا فتح الإمام بلدة عنوة أي قهراً) قال في النهاية: قوله قهراً ليس بتفسير له لغة لأن عنا عنوّاً بمعنى ذل وخضع وهو لازم وقهر متعد، بل يكون هو تفسيره من طريق شعور الذهن لأن من الذلة يلزم القهر أو أن الفتح بالذلة يستلزم القهر (فهو بالخيار إن شاء قسمه) أي قسم البلدة بتأويل البلد (بين المسلمين كما فعل رسول الله ﷺ بخيبر، وإن شاء أقرّ أهله عليه ووضع عليه الجزية وعلى أراضيهم الخراج، كذا فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة) فإن قيل: قد خالفه في

باب الغنائم وقسمتها

قوله: (وهو لازم وقهر متعد) أقول: دليل ثان على أنه ليس تفسيراً.

شاء أقرّ أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج) كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة ولم يحمد من خالفه، وفي كل من ذلك قدوة فيتخير. وقيل الأولى هو الأول عند حاجة الغانمين، والثاني عند

آخر المسلمين ما فتحت بلدة ولا قرية إلا قسمتها بين أهلها كما قسم رسول الله ﷺ خيبر (١). ورواه مالك في الموطإ: أخبرنا زيد بن أسلم عن أبيه قال: سمعت عمر يقول: لولا أن يترك آخر الناس لا شيء لهم ما فتح المسلمون قرية إلا قسمتها سهماناً كما قسم رسول الله ﷺ خيبر سهماناً(٢) فظاهر هذا أنه قسمها كلها. والذي في أبي داود بسند جيد أنه قسم خيبر نصفين نصفاً لنوائبه ونصفاً بين المسلمين، قسمها بينهم على ثمانية عشر سهماً(٣). وأخرجه أيضاً من طريق محمد بن فضيل عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن رجال من أصحاب رسول الله ﷺ أنه قسمها على ستة وثلاثين سهماً جمع كل سهم مائة سهم(٤). يعني أعطى لكل مائة رجل سهماً. وقد جاء مبيناً كذلك في رواية البيهقي، فكان لرسول الله ﷺ وللمسلمين النصف من ذلك، وعزل النصف من ذلك لمن ينزل به من الوفود والأمور ونوائب المسلمين. وحاصل هذا أنه نصف النصف لنوائب المسلمين وهو معنى مال بيت المال. ثم ذكره من طريق آخر وبين أن ذلك النصف كان الوطيح والكتيبة والسلالم وتوابعها، فلما صارت الأموال بيد رسول الله ﷺ والمسلمين ولم يكن لهم عمال يكفونهم عملها فدعا رسول الله ﷺ اليهود فعاملهم. زاد أبو عبيد في كتاب الأموال فعاملهم بنصف ما يخرج منها، فلم يزل ذلك حياة رسول الله ﷺ وأبي بكر حتى كان عمر، فكثر العمال في المسلمين وقووا على العمل، فأجلى عمر رضي الله عنه اليهود إلى أرض الشام وقسم الأموال بين المسلمين إلى اليوم. وقد اختلف أصحاب المغازي في أن خيبر فتحت كلها عنوة أو بعضها صلحاً وصحح أبو عمر بن عبد البر الأول. وروى موسى بن عقبة عن الزهري الثاني، وغلطه ابن عبد البر قال: وإنما دخل ذلك من جهة الحصنين اللذين أسلمهما أهلهما في حقن دمائهم وهما الوطيح والسلالم لما روى أنه ﷺ لما حاصرهم فيهما حتى أيقنوا بالهلكة سألوه أن يسيرهم وأن يحقن لهم دماءهم ففعل، فحاز رسول الله ﷺ الأموال وجميع الحصون إلا ما كان من ذينك الحصنين، إلى أن قال: فلما لم يكن أهل ذينك الحصنين مغنومين ظن أن ذلك صلح، ولعمري إنه في الرجال والنساء والذرية لضرب من الصلح، ولكنهم لم يتركوا أرضهم ألا بالحصار والقتال فكان حكمها كحكم سائر أرض خيبر كلها عنوة غنيمة مقسومة بين أهلها، إلى أن قال: ولو كانت صلحاً لملكها أهلها كما ملك أهل الصلح أرضهم وسائر أموالهم فالحق في ذلك ما قاله ابن إسحاق عن الزهري: أي

ذلك جماعة. أجاب بقوله: **(ولم يحمد من خالفه)** يريد به نفراً يسيراً منهم بلال حتى دعا عليهم على المنبر فقال: اللهم اكفني بلالاً وأصحابه فما حال الحول وفيهم عين تطرف: أي ماتوا جميعاً **(وفي كل من ذلك قدوة فيتخير)** ولقائل أن يقول: لا نسلم أن واحداً من الصحابة بل أكثرهم يصير قدوة على خلاف ما فعله رسول الله ﷺ إذ لم يصل إلى حد الإجماع. والجواب عنه من

---

(١) موقوف صحيح. أخرجه البخاري ٤٢٣٥ و ٤٢٣٦ عن زيد ابن أسلم عن أبيه أن عمر فذكره وكذا رواه البيهقي ٩/ ٦٤. وأبو داود ٣٠٢٠ من طريق البخاري.

(٢) هو في معنى المتقدم، وهو ما رواه البخاري وغيره

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ٣٠١٠ من حديث سهل ابن أبي حثمة ورجاله كلهم ثقات.
قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٩٧: قال في التنقيح - ابن عبد الهادي - إسناده جيد.

(٤) حسن أخرجه أبو داود ٣٠١٢ من حديث بشير بن يسار أنه سمع نفراً من أصحاب النبي ﷺ... فذكره وكرره ٣٠١٣ عن بشير بن يسار مرسلاً و ٣٠١٤ قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٩٨: بشير بن يسار تابعي ثقة، وقد اختلف عليه فيه، فبعضهم رواه عنه مرسلاً، وبعضهم عنه عن سهل ابن أبي حثمة، وبعضهم عن بعض أصحاب رسول الله ﷺ اهـ.
قلت: ولا تضر الجهالة في الصحابي لكونهم عدول، فالحديث حسن. وأما قوله: وفي رواية البيهقي فكان... الخ.
فهو في حديث أبي داود الأول حيث فيه: قسم خيبر نصفين نصفاً لنوائبه وحاجته، ونصفاً بين المسلمين... الحديث وتقدم أنه إسناد جيد وذلك أول رواية في الحديث المتقدم.

عدم الحاجة ليكون عدّة في الزمان الثاني، وهذا في العقار. أما في المنقول المجرد لا يجوز المنّ بالرد عليهم لأنه لم يرد به الشرع فيه، وفي العقار خلاف الشافعي لأن في المنّ إبطال حق الغانمين أو ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله،

أنها فتحت عنوة دون ما قاله موسى بن عقبة[1] عنه اهـ قوله: (وإن شاء أقرّ أهله إلى قوله: هكذا فعل عمر بسواد العراق) لا شك في إقرار عمر رضي الله عنه أهل السواد ووضع الخراج على أراضيهم على كل جريب عامر أو غامر عمله صاحبه أو لم يعمله درهماً وقفيزاً، وفرض على كل جريب الكرم عشرة وعلى الرطاب خمسة، وفرض على رقاب الموسرين في العام ثمانية وأربعين وعلى من دونه أربعة وعشرين، وعلى من لم يجد شيئاً اثني عشر درهماً، فحمل في أول سنة إلى عمر ثمانون ألف ألف درهم، وفي السنة الثانية مائة وعشرون ألف ألف درهم[2]، إلا أن المشهور عن أصحاب الشافعي أنها فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين، فجعلت لأهل الخمس والمنقولات للغانمين. والصحيح المشهور عندهم أنه لم يخصها بأهل الخمس لكنه استطاب قلوب الغانمين واستردّها وردّها على أهلها بخراج يؤدونه في كل سنة. وقال ابن شريح: باعها من أهلها بثمن منجم. والمشهور في كتب المغازي أن السواد فتح عنوة، وأن عمر رضي الله عنه وظف ما ذكرنا ولم يقسمها بين الغانمين محتجاً بقوله تعالى ﴿ما أفاء الله على رسوله﴾ إلى قوله: ﴿والذين جاءوا من بعدهم﴾ [الحشر ١٠] أي الغنيمة لله ولرسوله وللذين جاءوا من بعدهم، وإنما تكون لهم بالمنّ بوضع الخراج والجزية، وتلا عمر هذه الآية ولم يخالفه أحد إلا نفر يسير كبلال وسلمان، ونقل عن أبي هريرة فدعا عمر رضي الله عنه على المنبر وقال: اللهم اكفني بلالاً وأصحابه. قال في المبسوط: فلم يحمدوا وندموا ورجعوا إلى رأيه. ويدل على أن قسمة الأراضي ليس حتماً أن مكة فتحت عنوة ولم يقسم النبيّ ﷺ أرضها، ولهذا ذهب مالك إلى أن بمجرد الفتح تصير الأرض وقفاً للمسلمين، وهو أدرى بالأخبار والآثار، ودعواهم أن مكة فتحت صلحاً لا دليل عليها بل على نقيضها؛ ألا ترى أنه ثبت في الصحيح من قوله عليه الصلاة والسلام: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن أغلق بابه عليه فهو آمن»[3] ولو كان صلحاً لآمنوا كلهم به بلا حاجة إلى ذلك وإلى ما ثبت من إجارة أم هانىء من أجارته

وجهين: أحدهما أن فعل النبيّ ﷺ إذا لم يعلم أنه عليه الصلاة والسلام على أيّ جهة فعله يحمل على أدنى منازل أفعاله وهو الإباحة وحينئذ لا يستوجب العمل لا محالة، فإذا ظهر دليل الصحابي جاز أن يعمل بخلافه. والثاني أنه على تقدير أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك وجوباً، فإن عمر رضي الله عنه فعل ما فعل مستنبطاً من قوله تعالى ﴿والذين جاءوا من بعدهم﴾ بعد قوله تعالى ﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فالله وللرسول ولذي القربى﴾ فيكون ثابتاً بإشارة النص وهي تفيد القطع فيكون الواجب أحدهما يتعين بفعل الإمام كالواجب المخير كما في خصال الكفارة، ففعل النبي ﷺ أحدهما وعمر الآخر (وقيل) في التوفيق بينهما أن (الأولى هو الأول عند حاجة الغانمين) كما فعل النبي ﷺ فإنه كان عند حاجة المسلمين (والثاني عند عدم الحاجة) كما فعل عمر رضي الله عنه (ليكون عدة في الزمان الثاني، وهذا) أي إقرار أهل بلد على بلدهم بالمنّ عليهم (في العقار، أما في المنقول المجرد فلا يجوز المنّ بالرد) بأن يدفع إليهم مجاناً وينعم به عليهم، وإنما قيد المنقول بالمجرد لأنه يجوز المنّ عليهم بالمنقول بطريق التبعية للعقار وذلك في قوله بعد هذا وإن منّ عليهم بالرقاب والأراضي يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ

قوله: (ففعل النبي عليه الصلاة والسلام أحدهما وعمر رضي الله تعالى عنه الآخر) أقول: فيه نظر لأن الآية إن أفادت القطع بطريق الإشارة بطل العمل بالحديث لأنه ظني وإلا فيعود السؤال، وأيضاً الواجب عند التعارض الترجيح أو العدول إلى دليل آخر لا التخيير وإلا لثبت

---

(١) إلى هنا كلام أبي عمر ابن عبد البر في كتاب المغازي نقله عنه الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٣٩٨، ٣٩٩.

(٢) أثر عمر. أخرجه البيهقي ٩/ ١٣٦ مطولاً وكذا ابن سعد في الطبقات كما في نصب الراية ٣/ ٤٠٠ وابن زنجويه في كتاب الأموال من عدة طرق عن عمر في خبر خراج سواد العراق.

(٣) صحيح. هو بعض حديث أخرجه مسلم ١٧٨٠ من وجوه وأحمد ٢/ ٢٩٢، ٥٣٨ وابن أبي شيبة ١٤/ ٤٧١، ٤٧٣ والطيالسي ٢٤٢٤ والنسائي في الكبرى كما في التحفة ١٠/ ١٣٤ وابن حبان ٤٧٦٠ والبيهقي ٩/ ١١٨ كلهم من حديث أبي هريرة رووه مطولاً ومختصراً وفيه: «من أغلق بابه، فهو آمن، ومن دخل دار أبي سفيان، فهو آمن...» الحديث وبعضهم رواه على التقديم والتأخير.

والخراج غير معادل لقلته، بخلاف الرقاب لأن للإمام أن يبطل حقهم رأساً بالقتل، والحجة عليه ما رويناه، ولأن فيه نظراً لأنهم كالأكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما أنه يحظى به الذين يأتون من بعد، والخراج وإن قلّ حالاً فقد جلّ مآلاً لدوامه، وإن منّ عليهم بالرقاب والأراضي يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ

ومدافعتها علياً عن قتله[1]، وأمره عليه الصلاة والسلام بقتل ابن خطل بعد دخوله وهو متعلق بأستار الكعبة[2] وأظهر من الكل قوله عليه الصلاة والسلام في الصحيحين «إن شاء الله تعالى حرّم مكة يوم خلق السموات والأرض لا يسفك بها دم، إلى أن قال: فإن أحد ترخص بقتال رسول الله ﷺ فقولوا له إن الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم»[3] فقوله بقتال رسول الله ﷺ صريح في ذلك قوله: (وفي العقار خلاف الشافعي) فعنده يقسم الكل (لأن في المنّ) بالأرض (إبطال حق الغانمين) على قولكم (أو ملكهم) على قولى (فلا يجوز) للإمام ذلك (بلا بدل يعادله والخراج لا يعادل لقلته) بالنسبة إلى رقبة الأرض (بخلاف الرقاب لأن للإمام أن يبطل حقهم رأساً بالقتل والحجة عليه ما رويناه) من فعل عمر رضي الله عنه مع وجود الصحابة فلم يعارضوه فكان إجماعاً[4]. فإن قيل: لا ينعقد الإجماع بمخالفة بلال ومن معه. أجيب بأنه لم يسوّغ اجتهادهم بدليل أن عمر دعا عليهم، ولو سوغوا لهم ذلك لما دعا على المخالف (ولأن فيه نظراً) للمسلمين (لأنهم) يصيرون (كالأكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة مع ارتفاع المؤن) عن المسلمين وفي هذا من النظر ما لا يخفى (مع أنه يحظى به الذين يأتون من بعد) فيحصل عموم النفع للمسلمين (والخراج وإن قلّ

لهم العمل. وقوله: (لأنه لم يرد به) أي بالمنّ (الشرع فيه) أي في المنقول المجرد (وفي العقار خلاف الشافعي) فإنه لا يجوز المنّ فيه. قال: (لأن في المنّ إبطال حق الغانمين) عندكم لأن حقهم قد ثبت وتأكد بالإحراز فقد صار محرزاً بفتح البلدة وإجراء أحكام الإسلام فيها وليس للإمام ذلك (أو ملكهم) يعني عندي، فإن الملك قد ثبت لهم بنفس الإحراز (فلا يجوز) يعني إبطال كل واحد من الحق والملك (من غير بدل يعادله) فإن قيل: الخراج يعادله. أجاب بقوله: (والخراج غير معادل لقلته) فإن قيل: فالحق أو الملك ثبت في رقابهم أيضاً وجاز له أن لا يقسمها. أجاب. بقوله: (بخلاف الرقاب) يعني أن حقهم لم يتعلق بها (لأن للإمام أن يبطل حقهم رأساً بالقتل) فكذا له أن يبطله بالخلف وهو الجزية، وهذا لأنها خلقت في الأصل أحراراً والملك ثبت بعارض، فالإمام إذا استرقهم فقد بدل حكم الأصل، فإذا جعلهم أحراراً فقد بقي حكم الأصل فكان جائزاً (والحجة عليه ما روينا) يعني من فعل عمر رضي الله عنه. وقوله: (ولأن فيه نظراً) يعني أن تصرف الإمام وقع على وجه النظر في إقرار النظر في إقرار أهلها عليها لأنه لو قسمها بينهم اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد فكان يكرّ عليهم العدو، وربما لا يهتدون لذلك العمل أيضاً، فإذا تركها في أيديهم وهم عارفون بالعمل صاروا (كالأكرة) أي المزارعين (العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما أنه يحظى به الذين يأتون من بعد) كان فيه نظر لا محالة فيكون جائزاً. قوله: (والخراج وإن قل) جواب عن قوله والخراج غير معادل

في كل موضع حصل فيه التعارض وليس كخصال الكفارة إذ لا تعارض هناك، بل الدليل دل على التخيير ولم يدل دليلان على شيئين متنافين كما هنا.

---

(١) تقدم قبل بضعة أحاديث في الباب المتقدم.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٨٤٦ و ٣٠٤٤ و ٤٢٨٦ و ٥٨٠٨ ومسلم ١٣٥٧ وأبو داود ٢٦٨٥ والترمذي ١٦٩٣ والنسائي ٥/ ٢٠٠ . ٢٠١ وابن ماجه ٢٨٠٥ والدارمي ٢/ ٧٣ . ٧٤ ومالك ١/ ٤٢٣ وابن أبي شيبة ١٤/ ٤٩٢ والحميدي ١٢١٢ وأحمد ٣/ ١٠٩ . ١٦٤ . ١٨٦ . ٢٣١ . ٢٣٢ . ٢٣٣ . ٢٣٤ وابن حبان ٣٧١٩ و ٣٧٢١ والبغوي ٢٠٠٦ والبيهقي ٧/ ٥٩ و ٨/ ٢٠٥ كلهم من حديث أنس: «أن رسول الله ﷺ دخل مكة، وعلى رأسه المِغْفَرُ، فلما وضعه قيل: هذا ابن خَطَل متعلق بأستار الكعبة. فقال: اقتلوه»

والمِغْفَرُ: هو ما يلبس تحت البيضة اهـ مصباح.

وقيل: قناع يتقنع به المتسلّح.

وسبب ذلك أن ابن خطل أرسله النبي ﷺ مع رجل من الأنصار فقتل الأنصاريَّ في الطريق، ولحق بمكة، وذكر ابن إسحق أنه اتخذ قَيْنَتَيْن تغنيان له بهجاء النبي ﷺ. انظر شرح السنة للبغوي ٧/ ٣٠٥.

(٣) متفق عليه. تقدم في أواخر الحج في تحريم مكة.

(٤) أثر عمر. تقدم قبل قليل. والمراد أخذه الخراج من سواد العراق.

لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة. قال: (وهو في الأسارى بالخيار إن شاء قتلهم) لأنه عليه الصلاة والسلام قد قتل، ولأن فيه حسم مادة الفساد (وإن شاء استرقهم) لأن فيه دفع شرّهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام (وإن شاء تركهم أحراراً ذمة للمسلمين) لما بيناه (إلا مشركي العرب والمرتدين) على ما نبين إن شاء الله تعالى (ولا يجوز أن يردهم إلى

حالاً فقد جل مآلاً) فربما يتحصل منه على طول الزمان أضعاف قيمة الأرض قوله: (وهو في الأسارى بالخيار إن شاء قتلهم) يعني إذا لم يسلموا (لأنه عليه الصلاة والسلام قد قتل) من الأسارى إذ لا شك في قتله عقبة بن أبي معيط من أسارى بدر والنضر بن الحرث الذي قالت فيه أخته قتيلة الأبيات التي منها:

يا راكباً إن الأثيل مظنة ... من صبح خامسة وأنت موفق

أبلغ بها ميتاً فإن تحية ... ما إن تزال بها الركائب تخفق

مني إليك وعبرة مسفوحة ... جادت بواكفها وأخرى تخنق

ما كان ضرّك لو مننت وربما ... منّ الفتى وهو المغيظ المحنق

وطعيمة بن عدي وهو أخو المطعم بن عدي [(١)] . وأما ما قال هشيم إنه قتل المطعم بن عدي فغلط بلا شك وكيف وهو عليه الصلاة والسلام يقول: لو كان المطعم بن عدي حياً لشفعته في هؤلاء النتنى»[(٢)] (ولأن في قتلهم حسم مادة الفساد) الكائن منهم بالكلية (وإ شاء استرقهم لأن فيه دفع شرهم مع وفور المصلحة لأهل الإسلام) ولهذا قلنا ليس لواحد من الغزاة أن يقتل أسيراً بنفسه لأن الرأي فيه إلى الإمام فقد يرى مصلحة المسلمين في استرقاقه فليس له أن يفتات عليه، وعلى هذا فلو قتل بلا ملجيء بأن خاف القاتل شرّ الأسير كان له أن يعزره إذا وقع على خلاف مقصوده ولكن لا يضمن بقتله شيئاً (وإن شاء تركهم أحراراً ذمة للمسلمين لما بينا) من أن عمر فعل ذلك في أهل السواد[(٣)] .

لقلته وتقرير الخراج وإن قل (حالاً) لكونه بعض ما يمكن أن يخرج في سنة (فقد جلّ مآلا لدوامه) بوجوبه في كل سنة. قوله: (وإن منّ عليهم) ظاهر. وقوله: (ليخرج عن حد الكراهة) معناه ما قال الإمام التمرتاشي، فإن منّ عليهم برقابهم وأراضيهم وقسم النساء والذرية وسائر الأموال جاز، ولكن يكره لأنهم لا ينتفعون بالأراضي بدون المال، ولا بقاء لهم بدون ما يمكن به ترجية العمر إلا أن يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الأراضي، قال: (وهو في الأسارى بالخيار) الإمام فيما حصل تحت يده من الأساري مخير بين الأمور الثلاثة: (إن شاء قتلهم لأنه ﷺ قد قتل) عقبة بن أبي معيط والنضر بن الحارث بعد ما حصلا في يده، وقتل بني قريظة بعد ثبوت اليد عليهم، فإن أسلموا سقط عنهم القتل لأنه عقوبة وجبت للبقاء على الكفر، فإذا زال الكفر سقط القتل (وإن شاء استرقهم لأن فيه دفع شرّهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام) فإن أسلموا بعد ذلك لم يسقط عنهم الرق لأن الرق جزاء الكفر الأصلي على ما عرف، بخلاف ما إذا أسلموا قبل الاستيلاء حيث لا يجوز القتل والاسترقاق أيضاً لأنه قد صار أولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والأخذ (وإن شاء تركهم أحراراً ذمة للمسلمين لما بينا) من فعل عمر رضي الله عنه. فإن قيل ﴿فاقتلوا المشركين﴾ ينافي ترك قتلهم فلا يجوز. أجيب بأنه ترك العمل به في حق أهل الذمة والمستأمن فكذا في المتنازع فيه بفعل عمر رضي الله عنه. وقوله: (إلا مشركي العرب) استثناء من قوله وإن شاء تركهم أحراراً. ولقائل أن يقول: هذه

قوله: (وقوله إلا مشركي العرب استثناء من قوله الخ) أقول: فيه تأمل، والظاهر أنه استثناء من قوله وهو في الأسارى بالخيار.

---

(١) ذكر هذا الخبر ابن هشام في سيرته ٢/ ٢٦٣ باب من لقي مصرعهم ببدر من المشركين، وذكر في ص ٢٦٥ النضر بن الحارث وفي ٣٠٣ ذكر شعر أخته، ويقال لها: قتيلة بنت الحارث.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣١٣٩ و ٤٠٢٤ وأبو داود ٢٦٨٩ والحميدي ٥٥٨ وأحمد ٤/ ٨٠ وأبو يعلى ٧٤١٦ والبغوي ٢٧١٣ والبيهقي ٩/ ٦٧ والطبراني في الكبير ١٥٠٦ و ١٥٠٧ و ١٥٠٨ من طرق كلهم من حديث جبير بن مطعم بن عدي: «أن النبي ﷺ قال في أسارى بدر: لو كان المُطْعِمُ بن عديّ حياً، ثم كلمني في هؤلاء النتنى لتركتهم له»

هذا لفظ البخاري وغيره.

(٣) أثر عمر تقدم مراراً.

دار الحرب) لأن فيه تقويتهم على المسلمين، فإن أسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشرّ بدونه (وله أن يسترقهم) توفيراً للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف إسلامهم قبل الأخذ لأنه لم ينعقد السبب بعد (ولا يفادي بالأسارى عند أبي حنيفة، وقالا: يفادي بهم أسارى المسلمين) وهو قول الشافعي لأن فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به. وله أن فيه معونة للكفرة لأنه يعود حرباً علينا، ودفع شرّ حربه خير من استنقاذ الأسير المسلم، لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف إلينا، والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضاف إلينا. أما المفاداة بمال يأخذه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا. وفي السير الكبير أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأسارى بدر، ولو كان

وقوله: (إلا مشركي العرب والمرتدين) يعني إذا أسروا فإن الكلام في الأساري، ويتحقق الأسر في المرتدين إذا غلبوا وصاروا حرباً (على ما نبين إن شاء الله تعالى) في باب الجزية من أنه لا تقبل منهم جزية ولا يجوز استرقاقهم بل إما الإسلام أو السيف (فإن أسلم الأسارى) بعد الأسر (لا يقتلهم) لأن الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد اندفع بالإسلام، ولكن يجوز استرقاقهم لأن الإسلام لا ينافي الرق جزاء على الكفر الأصلي وقد وجد بعد انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على الحربي غير المشرك من العرب (بخلاف ما لو أسلموا قبل الأخذ) لا يسترقون ويكونون أحراراً لأنه إسلام قبل انعقاد سبب الملك فيهم قوله: (ولا يفادي بالأسارى عند أبي حنيفة) هذه إحدى الروايتين عنه، وعليها مشى القدوري وصاحب الهداية. وعن أبي حنيفة أنه يفادي بهم كقول أبي يوسف ومحمد والشافعي ومالك وأحمد إلا بالنساء فإنه لا تجوز المفاداة بهن عندهم، ومنع أحمد المفاداة بصبيانهم، وروي أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك، وهذه رواية السير الكبير.

قيل: وهو أظهر الروايتين عن أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: تجوز المفاداة بالأسارى قبل القسمة لا بعدها، وعند محمد تجوز بكل حال. وجه ما ذكر في الكتاب (أن فيه معونة الكفرة لأنه يعود حرباً علينا، ودفع شرّ حرابته خير من استنقاذ الأسير المسلم، لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه فقط) والضرر بدفع أسيرهم إليهم يعود على جماعة المسلمين. وجه الرواية الموافقة لقول العامة إن تخليص المسلم أولى من قتل الكافر والانتفاع به لأن حرمته عظيمة، وما ذكر من الضرر الذي يعود إلينا بدفعه إليهم يدفعه ظاهراً المسلم الذي يتخلص منهم لأنه ضرر شخص واحد فيقوم بدفعه واحد مثله ظاهراً فيتكافآن، ثم يبقى فضيلة تخليص المسلم وتمكينه من عبادة الله كما ينبغي زيادة ترجيح، ثم إنه قد ثبت ذلك عن رسول الله ﷺ: أخرج مسلم في صحيحه وأبو داود والترمذي عن عمران بن حصين «أن رسول الله ﷺ

الأدلة تدل على خلاف المدعي لأن المدعي هو أن يكون الإمام مخيراً بين الأمور الثلاثة، والأدلة تدل على وجوب كل واحد منها لأنه قال: لأن فيه حسم مادة القتال وذلك واجب لا محالة، ثم قال: لأن فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام وهو كالأول وأقوى. ثم استدل بما فعل عمر رضي الله عنه بقوله لما بينا، وهو إنما يصح على تقدير أن يكون ما فعله واجباً وإلا لزم التخيير بين الواجب وغيره وهو لا يجوز. والجواب أن كل واحد من الأمور واجب والإمام مخير بينها كما في الواجب المخير. وقوله: (ولا يجوز أن يردهم) ظاهر. وقوله: (ولا يفادي بالأسارى) المفاداة بين اثنين، يقال فاداه إذا أطلقه وأخذ فديته، ومنه قوله ولا يفادي بالأسارى: أي لا يعطي أسارى الكفار ويؤخذ منهم أسارى المسلمين أو المال عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يفادي بهم أسارى المسلمين، ولا تجوز الفدية بالمال، وجعل في السير الكبير قولهما أظهر الروايتين عن أبي حنيفة. ووجه ذلك ما ذكره أن فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به. وقوله: (وله أن فيه تقوية) في بعض النسخ معونة ظاهر، ويجوز أن يبرز هذا في ميرز دفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص كما مر في صورة الرمي عند التترس بالمسلمين.

قوله: (والإمام مخير بينها كما في الواجب المخير) أقول: إذا تعدد الدليل وكل دليل يدل على خلاف ما يدل الآخر وجوباً يكون ذلك من المعارضة لا من الواجب المخير، فإن الدليل في الواجب المخير واحد دل على شيء واحد وهو التخيير، وها هنا ليس كذلك إذ لم يدل دليل من الأدلة المذكورة على التخيير ولا مجموعها، إذ تعارض الأدلة لا يقتضي التخيير بل يصار إلى الترجيح إن أمكن، وإلا فإلى دليل آخر من الأدلة الأربعة كما تقرر في الأصول.

أسلم الأسير في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير في أيديهم لأنه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه به وهو مأمون على إسلامه، قال: **(ولا يجوز المنّ عليهم)** أي على الأسارى خلافاً للشافعي فإنه يقول منّ رسول الله ﷺ على بعض الأسارى يوم بدر. ولنا قوله تعالى **﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾** ولأنه بالأسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوض، وما رواه منسوخ بما تلونا **(وإذا أراد الإمام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها إلى دار**

فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين»[1] وأخرج مسلم أيضاً عن إياس بن سلمة بن الأكوع عن أبيه «خرجنا مع أبي بكر أمره علينا رسول الله ﷺ إلى أن قال: فلقيني رسول الله ﷺ في السوق فقال لي: يا سلمة هب لي المرأة لله أبوك: أعني التي كان أبو بكر نفله إياها، فقلت: هي لك يا رسول الله، والله ما كشفت لها ثوباً، فبعث بها رسول الله ﷺ ففدى بها ناساً من المسلمين كانوا أسروا بمكة»[2] إلا أن هذا يخالف رأيهم فإنهم لا يفادون بالنساء ويبقى الأول قوله: **(أما المفاداة بمال يأخذه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا)** في المفاداة بالمسلمين من رده حرباً علينا **(وفي السير الكبير أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأساري بدر)** إذ لا شك في احتياج المسلمين بل في شدة حاجتهم إذ ذاك، فليكن محمل المفاداة الكائنة في بدر بالمال. وقد أنزل الله تعالى في شأن تلك المفاداة من العتب بقوله تعالى **﴿ما كان لنبيّ أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض﴾** [الأنفال ٦٧] أي يقتل أعداء الله من الأرض فينفيهم عنها **﴿تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة﴾** [الأنفال ٦٧] وقوله تعالى **﴿لولا كتاب من الله سبق﴾** [الأنفال ٦٨] وهو أن لا يعذب أحداً قبل لانهي ولم يكن نهاهم **﴿لمسكم فيما أخذتم﴾** [الأنفال ٦٨] من الغنائم والأساري **﴿عذاب عظيم﴾** [الأنفال ٦٨] ثم أحلها له ولهم رحمة منه تعالى فقال **﴿فكلوا مما غنمتم حلالاً طيباً﴾** [الأنفال ٦٩] هي للمجموع من الفداء وغيره وقيل للغنيمة. فإن قيل: لا شك أنه من الغنيمة. قلنا: لو سلم فلا شك أنه يجب تقييده بما إذا لم يضرّ بالمسلمين من غير حاجة، وفي رده تكثير المحاربين لغرض دنيوي. وفي الكشاف[3] وغيره أن عمر رضي الله عنه كان أشار بقتلهم، وأبو بكر بأخذ الفداء تقوّياً ورجاء أن يسلموا[4]. وروى «أنهم لما أخذوا الفداء نزلت الآية، فدخل عمر رضي الله عنه على النبي عليه الصلاة والسلام فإذا هو وأبو بكر يبكيان، فسأله فقال: أبكي على أصحابك في أخذهم

(وأما المفاداة بأخذ المال منهم) في إطلاق أسراهم **(فلا تجوز في المشهور من مذهب أصحابنا لما بينا)** أن فيه تقوية أو معونة للكفرة بعودهم حرباً علينا **(وفي السير الكبير أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأسارى بدر)** وسيجيء جوابه. وقوله: **(ولا يجوز المن عليهم)** المراد بالمنّ عليهم هو الإنعام عليهم بأن يتركهم مجاناً من غير استرقاق ولاذمة ولا قتل **(خلافاً للشافعي فإنه يقول: منّ رسول الله ﷺ على بعض الأسارى يوم بدر)** يعني أبا عزة الجمحي **(ولنا قوله تعالى ﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾ ولأنه بالأسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه** للغانمين. **(فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوض)** كسائر الأموال المغنومة **(وما رواه)** من المنّ على أبي عزة فهو **(منسوخ بما تلونا)** وكذلك قوله تعالى **﴿فإما منا بعد وإما فداء﴾** وكذلك قصة

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٤١ وأبو داود ٣٣١٦ والترمذي ١٥٦٨ والنسائي في الكبرى كما في التحفة ٨/ ٢٠٢ والشافعي ٢/ ١٢١ والحميدي ٨٢٩ وأحمد ٤/ ٤٣٠ و ٤٣٣ و ٤٣٤ وابن حبان ٤٨٥٩ وعبد الرزاق ٩٣٩٥ وابن الجارود ٩٣٣ والبيهقي ٩/ ٧٢ وفي الدلائل ٤/ ١٨٨ والطبراني ١٨[٤٥٣] من طرق كلهم من حديث عمران بن حصين. واللفظ للترمذي. وطوّله مسلم وغيره، وله قصة.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٧٥٥ وأبو داود ٢٦٩٧ وابن ماجه ٢٨٤٦ وابن حبان ٤٨٦٠ وأحمد ٤/ ٤٦. ٥١ والطبراني ٦٢٣٧ والبيهقي ٩/ ١٢٩ من طرق كلهم من حديث إياس بن سلمة بن الأكوع حدثني أبي... فذكره موطلاً.

(٣) أي تفسير الكشاف للإمام الزمخشري.

(٤) حسن. أخرجه الترمذي ٣٠٨٤ والحاكم ٣/ ٢١ كلاهما من حديث ابن مسعود بأتم منه.

وقال الترمذي: حديث حسن. وأبو عبيدة لم يسمع من أبيه. أي ابن مسعود.

وأخرجه الواحدي ص ١٧٨ بسنده عن ابن مسعود ثم أسنده عن ابن عباس فذكره، فالحديث حسن لشاهده، وشاهده الآتي يقويه، وكذا ما بعده، وهو أحسن من الآتي.

الإسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها) وقال الشافعي: يتركها لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكله. ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح، ولا غرض أصح من كسر شوكة الأعداء، ثم يحرّق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان، بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهيّ عنه، وبخلاف العقر لأنه مثلة، وتحرق

الفداء، لقد عرض عليّ عذابهم أدنى من هذه الشجرة»(1) قال: وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال «لو نزل من السماء عذاب ما نجا منه إلا عمر وسعد بن معاذ»(2) لقوله كان الإثخان في القتل أحب إليّ والله أعلم بذلك قوله: **(ولو أسلم الأسير وهو في أيدينا لا يفادى به لأنه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه وهو مأمون على إسلامه)** فيجوز لأنه يفيد تخليص مسلم من غير إضرار لمسلم آخر قوله: **(ولا يجوز المنّ على الأسارى)** وهو أن يطلقهم إلى دار الحرب بغير شيء **(خلافاً للشافعي)** إذا رأي الإمام ذلك، وبقولنا قال مالك وأحمد. وجه قول الشافعي قوله تعالى ﴿**فإما منّاً بعد وإما فداء**﴾ [محمد 4] ولأنه عليه الصلاة والسلام منّ على جماعة من أسرى بدر منهم أبو العاص بن أبي الربيع على ما ذكره ابن إسحاق بسنده وأبو داود من طريقه إلى عائشة «لما بعث أهل مكة في فداء أسراهم، بعثت زينب بنت رسول الله ﷺ في فداء أبي العاص بمال وبعثت فيه بقلادة كانت خديجة رضي الله عنها أدخلتها بها على أبي العاص حين بنى بها، فلما رأى النبي ﷺ ذلك رقّ لها رقة شديدة وقال لأصحابه: إن رأيتم أن تطلقوا لها أسيرها وتردوا عليها الذي لها فافعلوا، ففعلوا» ورواه الحاكم وصححه، وزاد «وكان النبي ﷺ قد أخذ عليه أن يخلي زينب إليه ففعل»(3) وذكر ابن إسحاق أن ممن منّ عليه المطلب بن حنطب أسره أبو أيوب الأنصاري فخلى سبيله(4). وأبو عزة الجمحي كان محتاجاً ذا بنات

أسارى بدر، لأن سورة براءة كانت آخر ما نزل، وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال بقوله تعالى ﴿**فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم**﴾ فكان ناسخاً لما تقدم كله. ولقائل أن يقول: قد أجمعوا على أنه مخصوص خص منه الذمي والمستأمن فجاز أن يخص منه الأسير قياساً عليهم أو بحديث أبي عزة أو غيرهما. والجواب أن قياس الأسير على الذمي فاسد لوجود الذمة فيه دون الأسير وهي المناط، وكذا عن المستأمن لعدم استحقاق رقبته، وحديث أبي عزة متقدم على الآية، وغيرهما غير موجود أو غير معلوم فلا يصح التخصيص لشيء من ذلك، والمواشي جمع ماشية وهي الإبل والبقر والغنم. والمأكلة بضم الكاف وفتحها

قوله: **(ولقائل أن يقول الخ)** أقول: مخالف لما أسلفه في أول الكتاب من أنه دليل قطعي فيفيد الفرضية.

---

(1) حسن غريب. أخرجه الطبري في تفسيره 10/ 31 مطولاً والواحدي في أسباب النزول ص 179 كلاهما من حديث أبي عبيدة عن أبيه ابن مسعود، وفيه انقطاع حيث لم يدرك أباه كما ذكر الترمذي فما قبله.

قلت: ثم رأيته في مسلم 1763 من طريق عكرمة بن عمار حدثني سماك الحنفي قال: «سمعت ابن عباس يقول: حدثني عمر بن الخطاب...» فذكره مطولاً، وآخره ما ذكره المصنف وتمامه: «شجرة قريبة من نبيّ الله ﷺ وأنزل الله عز وجل الآية».

قلت: وإسناده غير قوي مع كونه في صحيح مسلم لأن في إسناده سماك بن الوليد الحنفي قال ابن حجر في التقريب: ليس به بأس اهـ.

وفيه: عكرمة بن عمّار. قال في التقريب: صدوق يغلط روى له مسلم. وفي الميزان ما ملخصه: وثقه يحيى، وضعفه أحمد، وقال أبو حاتم: صدوق ربما يهم اهـ.

وفي المتن غرابة فلو لم يكن في مسلم لحكمت بضعفه، ولكن كونه في مسلم أقول: حسن غريب والله أعلم.

(2) ضعيف بهذا اللفظ. قال ابن حجر في تخريج الكشاف 2/ 237 أخرجه الطبري من طريق ابن إسحق، ورواه الواقدي من وجه آخر بإسناد منقطع بمعناه. أنظر تفسير الطبري 10/ 34 فقد أخرجه من طريق ابن زيد فذكر عمر وحده. وأخرجه من طريق ابن إسحاق وذكر سعداً. وقد أخرجه الحاكم 3/ 329 عن مجاهد عن ابن عمر بأتم منه وآخره: «فلقي النبي ﷺ، فقال له: كاد يصيبنا خلافك بلاء» وصححه وقال: لم يخرجاه.

قال الذهبي: قلت: على شرط مسلم اهـ. فهذه موافقة لكن بذكر عمر وحده، ومع ذلك فليس على شروط مسلم لأنه مسلماً إنما روى له متابعة، وقد قال ابن حجر في التقريب: صدق لين الحفظ روى له مسلم. وفي الميزان ما ملخصه: ضعفه يحيى وابن عدي، وقال أحمد لا بأس به اهـ لكن له شواهد، فالحديث حسن إن شاء الله تعالى.

(3) حسن. أخرجه أبو داود 2692 والحاكم 3/ 23 وأحمد 6/ 276 وابن هشام في السيرة 2/ 220 كلهم عن عباد بن عبد الله بن الزبير عن عائشة به رووه من طريق ابن إسحق وقد صرح بالتحديث في رواية أحمد والحاكم. فالحديث حسن إن شاء الله تعالى.

لذا قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي.

(4) ذكر ذلك ابن هشام في السيرة 2/ 225 . 226.

الأسلحة أيضاً، وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار أبطالاً للمنفعة عليهم. **(ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام)** وقال الشافعي: لا بأس بذلك. وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا، وعنده يثبت ويبتني على هذا الأصل عدة من المسائل ذكرناها في الكفاية. له أن سبب الملك الاستيلاء إذا ورد على مال مباح كما في الصيود، ولا معنى للاستيلاء سوى إثبات اليد وقد تحقق. ولنا أنه عليه الصلاة

فكلم رسول الله ﷺ فمنّ عليه وأخذ عليه أن لا يظاهر عليه أحداً، وامتدح رسول الله ﷺ بأبيات ثم قدم مع المشركين في أحد فأسر، فقال: يا رسول الله أقلني، فقال عليه الصلاة والسلام: «لا تمسح عارضيك بمكة بعدها، تقول خدعت محمداً مرتين، ثم أمر بضرب عنقه»[١] ويكفي ما ثبت في صحيح البخاري رحمه الله من قوله عليه الصلاة والسلام في أسارى بدر «لو كان المطعم بن عدي حياً ثم كلمني في هؤلاء النتنى لتركتهم له»[٢] والعجب من قول شارح بهذا لا يثبت المنّ لأن لو لامتناع الشيء لامتناع غيره: يعني فيفيد امتناع المنّ. ولا يخفى على من له أدنى بصر بالكلام أن التركيب إخبار بأنه لو كلمه لتركهم وصدقه واجب وهو بأن يكون المنّ جائزاً فقد أخبر بأنه يطلقهم لو سأله إياهم، والإطلاق على ذلك التقدير لايثبت منه إلا وهو جائز شرعاً، وكونه لم يقع بعدم وقوع ما علق عليه، لا ينفي جوازه شرعاً وهو المطلوب. وأجاب المصنف بأنه منسوخ بقوله تعالى ﴿فاقتلوا المشركين﴾ [التوبة ٥] من سورة براءة فإنها تقتضي عدم جواز المن وهي آخر سورة نزلت في هذا الشأن، وقصة بدر كانت سابقة عليها. وقد يقال إن ذلك في حق غير الأسارى بدليل جواز الاسترقاق، فبه يعلم أن القتل المأمور حتماً في حق غيرهم قوله: **(وإذا أراد الإمام العود ومعه مواش)** أي من مواشي أهل الحرب **(فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها ثم أحرقها ولا يعقرها)** كما نقل عن مالك لما فيه من المثلة بالحيوان، وعقر جعفر بن أبي طالب رضي الله عنه فرسه[٣] ربما كان لظنه عدم الفتح في تلك الوقعة فخشي أن ينال المشركون فرسه ولم يتمكن من الذبح لضيق الحال عنه بالشغل بالقتال أو كان قبل نسخ المثلة أو علمه بها **(ولا يتركها)** لهم وقال: **(الشافعي)** وأحمد **(يتركها لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة إلى لمأكلة)** قلنا: هذا غريب لم يعرف عنه عليه الصلاة والسلام[٤] نعم روي من قول أبي بكر نفسه، رواه مالك في موطئه عن يحيى بن سعيد: أن أبا بكر رضي الله عنه بعث جيوشاً إلى الشام، فخرج يتبع يزيد بن أبي سفيان فقال: إني أوصيك

بمعنى، وكلامه واضح. قال: **(ولا يقسم غنيمة في دار الحرب)** قسمة الغنيمة في دار الحرب لا تجوز عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف جاز، والتأخير إلى الخروج إلى دار الإسلام أحب إليّ **(وقال الشافعي رضي الله عنه: لا بأس بذلك. والأصل أن الملك لا يثبت للغانمين قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا، وعنده يثبت. وينبني على هذا الأصل عدّة من المسائل ذكرناها في الكفاية)** أي كفاية المنهى. منها أن الإمام إذا باع شيئاً من الغنائم لا لحاجة الغزاة أو باع أحد الغزاة فإنه لا يصح عندنا لعدم الملك، وكذا لو أتلف أحدهم شيئاً في دار الحرب لم يضمن، وكذا لو مات أحدهم لا يورث سهمه ولو لحق الجيش مدد قبل القسمة في دار الحرب شاركوهم في الغنيمة. وقوله: **(له أن سبب الملك)** ظاهر. قوله: **(والثاني)** أي إثبات اليد الناقلة إلى دار الإسلام **(منعدم لقدرتهم)** أي لقدرة الكفرة على الاستنقاذ **(ووجوده)** أي وجود الاستنقاذ **(ظاهراً)** لكون المسلمين في ديارهم. وقوله: **(ثم قيل**

---

(١) حسن. ذكر ابن هشام في السيرة الكبرى ٢/ ٢٢٦ صدره ثم ذكر قسماً منه في غزوة أحد ٣/ ٦٩ ولم يذكر آخره ولعله في سيرة ابن إسحق نفسه.
وقد ذكره الواقدي في المغازي ١/ ٣٠٨، ٣٠٩ بطوله وأتم، وقد نسبهم السخاوي في مقاصده: ١٣٢٩ لابن إسحق.

(٢) صحيح. تقدم قبل عشرة أحاديث.

(٣) خبر جعفر. أورده ابن هشام في سيرته ٣/ ٢٨٠ باب استشهاد جعفر. ثم أسنده ابن إسحق عن عباد بن عبد الله بن الزبير عن رجل كان في غزوة مؤتة قال: «والله لكأني أنظر إلى جعفر حين اقتحم على فرس له شقراء، ثم عقرها ثم قاتل حتى قتل» اهـ.
وهذا إسناد حسن صرح ابن إسحق بالتحديث.

(٤) لا أصل له في المرفوع. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٠٦: غريب.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٢٠: لم أجده.

والسلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب، والخلاف ثابت فيه، والقسمة بيع معنى فتدخل تحته، ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهراً. ثم قيل: موضع الخلاف ترتب

بعشر: لا تقتلن صبياً ولا امرأة ولا كبيراً هرماً، ولا تقطعنّ شجراً مثمراً، ولا تعقرن شاة ولا بقرة إلا لمأكلة، ولا تخربنّ عامراً، ولا تحرقن، ولا تغرقن، ولا تخبن، ولا تغلل[1]. ثم هو محمول على ما إذا آنس الفتح وصيرورة البلاد دار إسلام، وكان ذلك هو المستمر في بعوث أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، فباعتباره كان ذلك وقد قلنا بذلك. وذكرنا فيما تقدم أنه إذا كان ذلك فلا تحرق ولا تخرب لأنه إتلاف مال المسلمين؛ ألا ترى إلى قوله لا تحرقنّ وهو رضي الله عنه قد علم قوله عليه الصلاة والسلام «أغَرْ على أُبْنى صباحاً ثم حرّق»[2] بقي مجرد ذبح الحيوان وأنه لغرض الأكل جائز لأنه غرض صحيح **(ولا غرض أصح من كسر شوكتهم)** وتعريضهم على الهلكة والموت وإنما يحرق **(لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان)** والتحريق لهذا الغرض الكريم **(بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهيّ عنه)** وفيه أحاديث كثيرة منها حديث البخاري عن أبي هريرة قال: «بعثنا رسول الله ﷺ في بعث فقال لنا: إن وجدتم فلاناً فاحرقوهما بالنار، فلما خرجنا دعانا رسول الله ﷺ فقال: إن وجدتم فلاناً وفلاناً فاقتلوهما ولا تحرقوهما فإنه لا يعذب بها إلا الله»[3] ورواه البزار وسماهما هبار بن الأسود ونافع بن عبد القيس، وطوّله البيهقي. وذكر السبب أنهما كانا روّعا زينب بنت رسول الله ﷺ حين خرجت لاحقة به عليه الصلاة والسلام حتى ألقت ما في بطنها. والقضية مفصلة عند ابن إسحاق معروفة لأهل السير[4]. وذكر البخاري أيضاً تحريق عليّ رضي الله عنه الزنادقة الذين أتى بهم فبلغ ذلك ابن عباس فقال: لو كنت أنا لم أحرقهم لنهي رسول الله ﷺ «لا تعذبوا بعذاب الله» ولقتلتهم لقوله ﷺ «من بدّل دينه فاقتلوه»[5] وأخرج البزار في مسنده عن عثمان بن حيان قال: كنت عند أم الدرداء رضي الله عنها فأخذت برغوثاً فألقيته في النار، فقالت: سمعت أبا الدرداء يقول: قال رسول الله ﷺ «لا يعذب بالنار الا ربّ النار»[6]، هذا **(وتحرق الأسلحة أيضاً، وما لا يحترق منها كالحديد يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار إبطالاً للمنفعة عليهم)** وما في فتاوى الولوالجي: تترك النساء والصبيان في أرض غامرة: أي خربة حتى يموتوا جوعاً كي لا يعودوا حرباً علينا، لأن النساء بهن النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حرباً علينا فبعيد، لأنه قتل بما هو أشد من القتل الذي نهى عنه النبي ﷺ في

موضع الخلاف) أي أن موضع الخلاف فيما إذا صدرت القسمة عن الإمام بدون الاجتهاد هل يثبت حكم الملك لمن وقعت القسمة في نصيبه من الأكل والوطء وسائر الانتفاع أو لا؟ فعنده يثبت. وعندنا لا يثبت. وقوله: **(لأن حكم الملك لا يثبت بدونه)** أي

---

(١) موقوف. أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٤٤٧ ح ١٠ عن يحيى بن سعيد وهو الأنصاري أن أبا بكر... فذكره وهذا منقطع إلا أن رواية ثقة، فهو في حكم المرسل.

(٢) تقدم تخريجه في أوائل باب كيفية القتال ٤/ ٤٤٥ وأُبنى: قرية في فلسطين بين عسقلان، والرملة. ويقال: يُبنى. لكن إسناده ضعيف.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠١٦ وأبو داود ٢٦٧٤ والترمذي ١٥٧١ وابن الجارود ١٠٥٧ والدارمي ٢/ ٢٢٢ وابن حبان ٥٦١١ كلهم من حديث أبي هريرة. وأخرجه ابن بشكوال ١/ ١٢٠ من طريق أحمد بن عمرو البزار وسمّى الرجلين: هبّار بن الأسود، ونافع بن عبد عمرو، وأما ابن حبان، فسماهما: هبّار بن الأسود، ونافع بن عبد القيس، وإسناده حسن.
وافقه ابن إسحق على هذه التسمية فيما نقله إن هشام عنه في السيرة ٢/ ٢٢٣ وإسناده حسن متصل. وذكر ابن هشام في سيرته ٢/ ٢٢١ وقصة هبّار مع زينب

(٤) أنظر سيرة ابن هشام ٢/ ٢٢١ . ٢٢٢ . ٢٢٣. وهبّار أسلم فيما بعد وله ترجمة في الإصابة.

(٥) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠١٧ و ٦٩٢٢ وأبو داود ٤٣٩١ والترمذي ١٤٥٨ والنسائي ٧/ ١٠٤ وابن ماجه ٢٥٣٥ والطيالسي ٢٦٨٩ وأحمد ١/ ٢٨٢ . ٢٨٣ . ٣٢٢ . ٣٢٣ والبيهقي ٨/ ١٩٥ والدارقطني ٣/ ١٠٨ . ١١٣ من طرق كلهم عن عكرمة عن ابن عباس به.

(٦) ضعيف. أخرجه البزار والطبراني كما في المجمع ٦/ ٢٥١ عن عثمان بن حبان عن أم الدرداء بهذا اللفظ. وقال الهيثمي: وفيه سعيد البزاد ولم اعرفه وبقية رجاله ثقات اهـ.
قلت: سعيد هذا مجهول والمجهول خبره ضعيف مردود عن الجماهير.

الأحكام على القسمة إذا قسم الإمام لا عن اجتهاد، لأن حكم الملك لا يثبت بدونه. وقيل الكراهية، وهي كراهة تنزيه عند محمد فإنه قال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب. وعند محمد الأفضل أن يقسم في دار الإسلام. ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح، إلا أنه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة

النساء والصبيان لما فيه من التعذيب (١)، ثم هم قد صاروا أسارى بعد الاستيلاء، وقد أوصى النبي ﷺ بالأسرى خيراً. حدّث ابن إسحاق عن نبيه بن وهب أخي بني عبد الدار «أن رسول الله ﷺ حين أقبل بالأسارى فرّقهم بين أصحابه وقال: استوصوا بالأسارى خيراً، فقال أبو عزيز: مرّ بي أخي مصعب بن عمير ورجل من الأنصار يأسرني فقال له شدّ يديك به فإن أمه ذات متاع، قال: وكنت في رهط من الأنصار حين أقبلوا بي من بدر فكانوا إذا قدّموا غداءهم وعشاءهم خصوني بالخبز وأكلوا التمر لوصية رسول الله ﷺ إياهم بنا، ما يقع في يد رجل منهم كسرة من الخبز إلا نفحني بها، قال: فأستحي فأردها على أحدهم فيردها عليّ ما يمسها» (٢) فكيف يجوز أن يقتلوا جوعاً، اللهم إلا أن يضطروا إلى ذلك بسبب عدم الحمل والميرة فيتركوا ضرورة، والله أعلم قوله: **(ولا تقسم غنيمة في دار الحرب حتى تخرج إلى دار الإسلام. وقال الشافعي: لا بأس بذلك)** إذا انهزم الكفار. وعن أبي يوسف رحمه الله: الأحبّ إليّ أن لا يقسمها حتى يحرزها ذكره الكرخي. وعنه إن لم تكن مع الإمام حمولة يحملها عليها يقسمها في دار الحرب. **(وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا، وعنده يثبت)** بالهزيمة ويلزمه أن قسمة الإمام هناك لا تفيد ملكاً إلا إذا كان عن اجتهاد فإنه أمضى القضاء في فصل مجتهد فيه أو كان لحاجة فإن الحاجة موضعها مستثنى. واعلم أن حقيقة مذهبه أن الملك يثبت للغانم بأحد أمرين: إما بالقسمة حيثما كانت، أو باختيار الغانم التملك، وليس هو قائلاً إن الملك يثبت للغانمين بالهزيمة كما نقلوا عنه. وعندنا لا يثبت إلا بالقسم في دار الإسلام، فلا يثبت بالإحراز بدار الإسلام ملك لأحد بل يتأكد الحق، ولهذا لو أعتق واحد من الغانمين عبداً بعد الإحراز لا يعتق، ولو كان هناك ملك مشترك عتق بعتق الشريك ويجري فيه ما عرف في عتق الشريك، وتتخرّج الفروع المختلفة على هذا: منها لو وطىء بعض الغانمين في دار الحرب واحدة من السبي فولدت فادّعاه يثبت نسبه عنده لا لوطئه جارية مشتركة بينه وبين غيره بمجرد الهزيمة بل لاختياره التملك فبالهزيمة ثبت لكل حق التملك، فإن سلمت بما يخصه من الغنيمة أخذها وإلا أخذها وكمل من ماله قيمتها يوم الحمل. وعندنا لا يثبت نسبه وعليه العقر لأنه لا يحدّ لثبوت سبب الملك وتقسم الجارية والولد والعقر بين جماعة المسلمين، وكذا لو استولدها بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة عندنا وإن تأكد الحق لأن الاستيلاد يوجب حق العتق وهو لا يكون إلا بعد قيام الملك في المحل، بخلاف استيلاد جارية الابن لأن له ولاية التملك فيتملكها بناء على الاستيلاد، وليس له هنا تملك الجارية بدون رأي الإمام. نعم لو قسمت الغنيمة على الرايات أو العرافة فوقعت جارية بين أهل راية صح استيلاد أحدهم لها لأنه يصح عتقه لها لأنها مشتركة بينه وبين أهل تلك الراية، والعرافة شركة ملك وعتق أحد الشركاء نافذ. لكن هذا إذا قلوا حتى تكون الشركة خاصة، أما إذا كثروا فلا لأن بالشركة العامة لا تثبت ولاية الإعتاق. قال: والقليل إذا كانوا مائة أو أقل، وقيل أربعون، وفيه أقوال أخرى، قال في المبسوط: والأولى أن لا يوقت ويجعل موكولاً إلى اجتهاد الإمام. ومنها جواز البيع من الإمام لبعض الغنيمة يجوز عندهم لا عندنا مبني على ذلك أيضاً. ومنها لو مات بعض الغزاة أو قتل في دار الحرب لا يورث سهمه عندنا ويورث عنده بناء على التأكد

. . . .

---

(١) تقدم في أوائل كتاب السير ١/ ٤٣٨.

(٢) حسن. أخرجه الطبراني في الصغير ٤٠٩ والكبير كما في المجمع ٦/ ٨٦ من طريق ابن إسحق عن أبي عزيز بن عمير ابن أخي مصعب بن عمير فذكره وقال الهيثمي: إسناده حسن.

. . . .

بالهزيمة حتى صح منه التملك والتأكد يكفي للإرث؛ ألا ترى أنا نقول إنه يورث إذا مات في دار الإسلام قبل القسم للتأكد لا للملك لأنه لا ملك قبل القسمة، وهذا لأن الحق المؤكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب، بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط، واستدل على ضعف الحق قبل الإحراز بإباحة تناول الطعام في دار الحرب بلا ضرورة وبعدم ضمان ما أتلف من الغنيمة قبل الإحراز، بخلاف ما بعده فكان حقه ضعيفاً كحق كل مسلم في بيت المال، والشافعية إن منعوا الثاني لم يمنعوا الأول. ومنها لو لحق المدد في دار الحرب قبل القسم شارك عندنا لا عنده للتأكد وعدمه فإنما الثابت للغزاة بعد الهزيمة حق الملك لا حق التملك، ولهذا لو أسلم الأسير قبل الإحراز بدار الإسلام لا يعتق، وكذا أرباب الأموال إذا أسلموا بعد أخذها قبل الإحراز لا يملكون شيئاً منها بل هم من جملة الغزاة في القسمة والاستحقاق بسبب الشركة في الإحراز بدار الإسلام بمنزلة المدد. ذكره في النهاية، ومعناه: إذا لم يؤخذوا فإن إسلامهم بعد الأخذ لا يزيل عنهم الرق فلا يستحقون في الغنيمة كالمدد. وفي التحفة: لو أتلف واحد من الغزاة شيئاً من الغنيمة لا يضمن عندنا، قال: وبعد الإحراز بدار الإسلام يتأكد حق الملك ويستقرّ، ولهذا قالوا لو مات واحد من الغزاة يورث نصيبه، ولو باع الإمام جاز، ولو لحقهم المدد لا يشاركون ويضمن المتلف، وهذا المذكور وفي التحفة ماش مع ما في المبسوط حيث قال: فأما عندنا فالحق يثبت بنفس الأخذ ويتأكد بالإحراز ويملك بالقسمة كحق الشفعة يثبت بالبيع ويتأكد بالطلب ويتم الملك بالأخذ، وما دام الحق ضعيفاً لا تجوز القسمة لأنه دون الملك الضعيف في المبيع قبل القبض. ووجه المصنف قول الشافعي بأن سبب الملك يتم بالهزيمة لأن بها يتحقق الاستيلاء على مال مباح فيملكه، وهذا لأنه ليس معنى الاستيلاء على مال مباح إلا سبق اليد إليه على وجه القهر والاستيلاء كما في الصيد والحطب، ولأنه ﷺ قسم غنائم حنين وبني المصطلق وأوطاس[1] في ديارهم. ولنا منع أن السبب تم فإن تمامه بثبوت اليد الناقلة، أي قدرة النقل والتصرف كيف شاء نقلاً وإدخاراً وهذا منتف عنه ما دام في دار الحرب لأن الظهور عليهم والاستنقاذ منهم ليس ببعيد؛ ألا ترى أن الدار مضافة إليهم فدل أنه مقهور ما دام فيها نوعاً من القهر بدليل أن له أن يتركها دار حرب وينصرف عنها فكان قاهراً من وجه مقهوراً من وجه، فكان استيلاء من وجه دون وجه فلم يتم سبب ملك المباح فلم يملك فلم تصح القسمة لأنها بيع معنى. فإن البيع مبادلة وفي القسمة ذلك، فإن كل شريك لما اجتمع نصيبه في العين كان ذلك عوضاً عن نصيبه في الباقي، بخلاف ما إذا خرج العبد مراغماً حيث يعتق بوصوله إلى عسكر المسلمين وإن كان في دار الحرب. وكذا المرأة تبين بذلك فإنه بالنص لقوله عليه الصلاة والسلام في عبيد الطائف «هم عتقاء الله» ولأن ذلك يد على نفسه ويكفي فيه امتناعه ظاهراً في الحال، وقال الله تعالى ﴿**يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات**﴾ إلى قوله: ﴿**فلا ترجعوهن إلى الكفار**﴾ [الممتحنة ١٠] الآية، وقسمة النبي ﷺ غنائم حنين كان بعد منصرفه إلى الجعرانة، وكانت أوّل حدود الإسلام، لأن مكة فتحت وأرض حنين وبني المصطلق بعد فتح مكة وإجراء أحكام الإسلام فيها، وهذا لأن دار الحرب تصير دار الإسلام بإجراء الأحكام وبثبوت الأمن للمقيم من المسلمين فيها، وكونها متاخمة لدار الإسلام على قوله وعلى قولهما بالأول فقط. وأنت إذا علمت أن الخلاف ليس كما قيل بل الاتفاق على أن الملك لا يثبت قبل القسمة بمجرد الهزيمة بل في أن القسمة هل توجب الملك في دار الحرب أمكنك أن تجعل الدليل من الجانبين على ذلك. وتقريره للشافعي أنه لا مانع من صحتها في دار الحرب لتمام الاستيلاء على المباح، فإذا اتصل به القسم ملك. ولنا منع تمام السبب فلا تفيد القسمة الملك إلا عند تمامه وهو في دار

. . . .

(١) تقدم تخريجه في كتاب العيد وإسناده حسن لطرقه.

(والردء والمقاتل في العسكر سواء) لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة أو شهود الوقعة على ما عرف. وكذلك إذا لم يقاتل لمرض أو غيره لما ذكرنا **(وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركوهم فيها)** خلافاً للشافعي بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الأصل، وإنما ينقطع حق المشاركة عندنا بالإحراز

الإسلام. واعلم أن القسمة إنما لا تصح إذا قسم بلا اجتهاد أو اجتهد فوقع على عدم صحتها قبل الإحراز، أما إذا قسم في دار الحرب مجتهداً فلا شك في الجواز وثبوت الأحكام، وأما الحديث الذي ذكره وهو أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب[1] فغريب جداً. ثم ذكر المصنف خلافاً في أن الخلاف في عدم جواز القسمة قبل الإحراز أو في كراهتها، فقيل المراد عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الأحكام من حل الوطء ونفاذ البيع وغيره. وقيل الكراهة لا بطلان القسمة لأنهم إذا استغلوا بها يتكاسلون في أمر الحرب وربما يتفرقون، فربما يكرّ العدو على بعضهم فكان المنع في غير المنهي عنه فلا يعدم الجواز. ثم قال المصنف **(هي كراهة تنزيه عند محمد)** فالأفضل أن لا يقسم في دار الحرب لأنه ﷺ ما قسم إلا في دار الإسلام، والأفعال المتفقة في الأوقات المختلفة لا تكون إلا لداع هي كراهة خلافه أو بطلانه والكراهة أدنى فيحمل عليه للتيقن به. قيل: ونقل الخلاف هكذا، وإن كان في المبسوط غير جيد لأنه لم يعرف خلاف عنهم إلا ما يروى عن أبي يوسف. وهذا لأن المسائل الإفرادية الموضوعة مصرحة بعدم صحة القسمة قبل الإحراز، مثل ما سيأتي من أن من مات من الغانمين لا يورّث حقه من الغنيمة وأنه لا يباع من ذلك العلف ونحوه شيء، ومنها عدم جواز التنفيل بعد الإحراز وجوازه قبله ومشاركة المدد اللاحق قبل الإحراز، ثم وجه الكراهة بقوله لأن دليل البطلان: أي بطلان القسمة قبل الإحراز راجح على دليل جوازها، إلا أنه تقاعد عن سلب الجواز لأنه لما لم يثبت سلب الجواز بالاتفاق فلم يبطل المرجوح، وإذا لم يبطل حصل من معارضة الدليلين الراجح والمرجوح الكراهة كما في سؤر الهرة لما انتفت النجاسة لم تنتف الكراهة، وهذا الكلام ينبو عن القواعد، فإن الإجماع على وجوب العمل بالراجح من الدليلين وترك المرجوح. وإذا كان الراجح دليل البطلان تعين الحكم بالبطلان عند المجتهد الذي ترجح عنده وكون له مخالف ولا إجماع لا يوجب، بل لا يجوز لذلك المجتهد النزول عن مقتضاه وإلا فكل خلافية من المسائل كذلك، وإذا لزم حكم البطلان فما موجب إثبات الكراهة؟ والتحقيق في سؤر الهرة أن الكراهة تنزيهية لعدم تحاميها من النجاسة لأن دليل حرمة اللحم الموجب لنجاسة السؤر عارضة شدة المخالطة وترجح عليه فانتفت النجاسة. والكراهة حكم شرعي يحتاج خصوصه إلى دليل، وشدة المخالطة دليل الطهارة فقط فتبقى الكراهة بلا دليل، وهذا إذا لم يكن للمسلمين حاجة، أما إذا تحققت لهم في دار الحرب بالثياب والمتاع ونحوه قسمها في دار الحرب

قوله: **(والردء)** أي العون **(والمقاتل)** أي المباشر للقتال مع الكفار وكذا أمير العسكر **(سواء)** في الغنيمة لا يتميز واحد منهم على آخر بشيء، وهذا بلا خلاف لاستواء الكل في سبب الاستحقاق، وسنبين سببه فيما يأتي إن شاء الله تعالى

قوله: **(وإذا ألحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركوهم)** أي المدد **(فيها)** وعن الشافعي فيه قولان، وما ذكرناه بناء على ما مهدناه من أن الملك لا يتم للغانمين قبل إحراز الغنيمة بدار الإسلام فجاز أن

بدون الملك. معناه أن ترتب هذه الأحكام دليل ثبوت الملك المستلزم للعلم بجواز القسمة. فعنده مترتبة بهذه القسمة الصادرة لا عن اجتهاد فيلزم منه ثبوت الملك. وعندنا ليست بمترتبة فدل على أن الملك لم يكن ثابتاً وهذا لأن الملك علة لترتب الأحكام وقد وجد المعلول فيلزم وجود العلة لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم عدم وجود العلة لئلا تخلف العلة عن المعلول. وإنما قيد القسمة بقوله لا عن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف، فإنه إذا قسم مجتهداً جاز بالاتفاق.

قوله: **(وقيل الكراهة)** أي حكم قسمة الغنائم في دار الحرب على مذهبنا الكراهة لا عدم الجواز لما في القسمة من قطع شركة

---

(١) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٠٨: غريب جداً.
وقال الحافظ في الدراية ٧١٣: لم أجده.

أو بقسمة الإمام في دار الحرب أو ببيعه المغانم فيها، لأن بكل واحد منها يتم الملك فينقطع حق شركة المدد.
قال: **(ولا حق لأهل سوق العسكر في الغنيمة إلا أن يقاتلوا)** وقال الشافعي في أحد قوليه: يسهم لهم لقوله عليه الصلاة

يشاركهم المدد إذا قام به الدليل، ولا ينقطع حق المدد إلا بثلاثة أمور: الإحراز بدار الإسلام، والقسمة بدار الحرب، وبيع الإمام الغنيمة قبل لحاق المدد، هذا وعلى ما حققناه المبنى تأكد الحق وعدمه، وما استدل به الشافعي من صحيح البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «بعث عليه الصلاة والسلام أبانا على سرية قبل نجد، فقدم أبان وأصحابه على رسول الله ﷺ بخيبر بعد ما فتحها، إلى أن قال: فلم يقسم لهم»[1] لا دليل فيه، لأن وصول المدد في دار الإسلام لا يوجب شركة، وخيبر صارت دار إسلام بمجرد فتحها فكان قدومهم والغنيمة في دار الإسلام.
وأما إسهامه لأبي موسى الأشعري على ما في الصحيحين عنه قال: «بلغنا مخرج رسول الله ﷺ ونحن باليمن فخرجنا مهاجرين إليه أنا وأخوان لي أنا أصغرهم أحدهما أبو بردة والآخر أبو رهم في بضع وخمسين رجلاً من قومي، فركبنا سفينة فألقتنا إلى النجاشي، فوفينا جعفر بن أبي طالب وأصحابه عنده، فقال جعفر: إن رسول الله ﷺ بعثنا ها هنا وأمرنا بالإقامة فأقيموا معنا فأقمنا حتى قدمنا فوافينا رسول الله ﷺ حين افتتح خيبر فأسهم لنا، ولم يسهم لأحد غاب عن فتح خيبر إلا أصحاب سفينتنا»[2] فقال ابن حبان في صحيحه: إنما أعطاهم من خمس الخمس ليستميل قلوبهم لا من الغنيمة وهو حسن، ألا ترى أنه لم يعط غيرهم ممن لم يشهدها. وحمل بعض الشافعية على أنهم شهدوا قبل حوز الغنائم خلاف مذهبهم فإنه لا فرق عندهم في عدم الاستحقاق بين كون الوصول قبل الحوز أو بعده بعد كونه بعد الفتح
قوله: **(ولا حق لأهل سوق العسكر)** أي **(في الغنيمة)** لا سهم ولا رضخ **(إلا أن يقاتلوا)** فحينئذ يستحقون السهم، وبه قال مالك وأحمد. وللشافعي فيه قولان: أحدهما كقولنا، والآخر يسهم لهم، واستدل الشافعي بما روى عنه عليه

المدد فيقل بها رغبتهم في اللحوق بالجيش ولأنه إذا قسم تفرقوا فربما يكرّ العدو على بعضهم وهذا أمر وراء ما تتم به القسمة فلا يمنع جوازها **(وهي كراهة تنزيه عند محمد)** فإنه قال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب. وعند محمد الأفضل أن يقسم في دار الإسلام، وفيه نظر لأن هذا يشير إلى أن قول محمد على خلاف قول أبي حنيفة في القسمة في دار الحرب وليس بمشهور فإنه لا خلاف بينهم في ظاهر الرواية عن أصحابنا، وفي غير ظاهر الرواية الأفضلية منقولة عن أبي يوسف كما ذكرناه، وأيضاً قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة يدل على خلاف ما يدل عليه قوله وقيل الكراهة. وفي الجملة هذا الموضع لا يخلو عن تسامح، والمخلص عنه أنهم اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب، فقال بعض المشايخ: المراد به عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الأحكام المترتبة على القسمة. وقال بعضهم: المراد به الكراهة، وعلى هذا قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة إنما يصح على قول الأولين. ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح لكونه محرّماً والمحرم راجح على المبيح **(إلا أنه تقاعد عن سلب الجواز)** بالاتفاق، أما عند الشافعي فيجوز مطلقاً، وأما عندنا فيجوز إذا احتاج الغزاة إلى الثوب والدابة ونحو ذلك **(فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة)** لأن الدليل المرجوح لما لم يبطل بالكلية حصل من معارضة الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كما في سؤر الحمار. قال: **(والردء والمقاتل في العسكر سواء)** الردء هو العون، والمقاتل هو المباشر في العسكر في استحقاق الغنيمة سواء **(لاستوائهم في السبب)** وهو مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٤٣٨ وأبو داود ٢٧٢٣ والطيالسي ٢٥٩١ وسعيد بن منصور ٢٧٩٣ وابن الجارود ١٠٨٨ وابن حبان ٤٨١٤ و ٤٨١٥ والبيهقي ٦/ ٣٣٤ كلهم من حديث أبي هريرة. علقه البخاري عن الزبيدي، ووصله الباقون، وهو الصواب وشاهده حديث أبي موسى الآتي حيث قال فيه: «ولم يسهم لأحد غاب عن خيبر غير أصحاب سفينتنا» اهـ وأبان هو ابن سعيد بن العاص.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٣١٣٦ و ٣٨٧٦ و ٤٢٣٠ و ٤٢٣٣ ومسلم ٢٥٠٢ وأبو داود ٢٧٢٥ والترمذي ١٥٥٩ وابن الجارود ١٠٨٩ وابن أبي شيبة ١٢/ ٤١٠ وأحمد ٤/ ٤٠٥ . ٤٠٦ وابن حبان ٤٨١٣ والبغوي ٢٧٢١ من طرق كلهم من حديث أبي موسى.
رووه مطولاً ومختصراً.
وكلام ابن حبان الذي ذكره ابن الهمام هو عقب حديث ٤٨١٤ أي بعد حديث واحد.

والسلام «الغنيمة لمن شهد الوقعة» ولأنه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد. ولنا أنه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارساً أو راجلاً عند القتال، وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنه، أو تأويله أن يشهدها على قصد القتال **(وإن لم تكن للإمام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة إيداع ليحملوها إلى دار الإسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها)** قال العبد الضعيف: هكذا ذكر في المختصر، ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير. والجملة في هذا أن الإمام إذا وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لأن الحمولة والمحمول مالهم. وكذا إذا كان في بيت المال فضل حمولة لأنه مال المسلمين، ولو كان للغانمين أو لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لأنه ابتداء إجارة وصار كما إذا نفقت دابته في مفازة ومع

الصلاة والسلام أنه قال («الغنيمة لمن شهد الوقعة»)[(١)] والصحيح أنه موقوف على عمر كما ذكر المصنف، ذكره ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا وكيع، حدثنا شعبة. عن قيس بن مسلم عن طاوس عن ابن شهاب أن أهل البصرة غزوا نهاوند. فأمدّهم أهل الكوفة وعليهم عمار بن ياسر رضي الله عنه فظهروا، فأراد أهل البصرة أن لا يقسموا لأهل الكوفة. فقال رجل من بني تميم: أيها العبد الأجدع تريد أن تشاركنا في غنائمنا؟ وكانت أذنه جدعت مع رسول الله ﷺ، فقال: خير أذنيّ سببت، ثم كتب إلى عمر رضي الله عنه، فكتب عمر إن الغنيمة لمن شهد الوقعة. ورواه الطبراني والبيهقي وقال: وهو صحيح من قول عمر[(٢)]. وأخرج ابن عدّى عن علي رضي الله عنه: الغنيمة لمن شهد الوقعة[(٣)]، وهذا قول صحابي وهو لا يرى جواز تقليد المجتهد إياه، وكذا عند الكرخي من مشايخنا، وعلى قول الآخرين **(تأويله أن يشهد على قصد القتال)** والوقعة هي القتال، وهو معنى قول صاحب المجمل الوقعة صدمة الحرب وشهوده على قصد القتال إنما يعرف بأحلا أمرين: بإظهار خروجه للجهاد والتجهيز له لا لغيره، ثم المحافظة على ذلك القصد الظاهر، وهذا هو السبب الظاهر الذي يتبني عليه الحكم، وإما بحقيقة قتاله بأن كان خروجه ظاهراً لغيره كالسوقي وسائس الدواب فإن خروجه ظاهراً لغيره فلا يستحق بمجرد شهوده إذ لا دليل على قصد القتال، فإذا قاتل

(أو شهود الوقعة) عند الشافعي رضي الله عنه **(على ما عرف، وكذلك إذا لم يقاتل لمرض أو غيره لما ذكرنا)** من الاستواء في السبب. قوله: **(وإذا لحقهم المدد)** ظاهر. وقوله: **(بناء على ما مهدناه من الأصل)** يريد ما مر أن سبب الملك عنده هو الأخذ والملك يثبت به، وعندنا أن السبب هو الإحراز، فإذا شارك المدد الجيش في الإحراز الذي يتم به السبب شاركوه في تأكد الحق به كما لو التحقوا بهم في حالة القتال **(وإنما تنقطع المشاركة بالإحراز أو بقسمة الإمام في دار الحرب أو ببيعه المغانم فيها لأن بكل واحد منها يتم الملك فتنقطع شركة المدد)** **(ولا حق لأهل سوق العسكر في الغنيمة)** بإطلاقه يفيد نفي السهم الكامل والرضخ. وكذا ذكر في المبسوط، وعلل بأن قصدهم التجارة لا إعزاز دين الله وإرهاب العدوّ **(إلا أن يقاتلوا)** فلهم السهم وقال الشافعي رحمه الله: **(يسهم لهم في قول لقوله ﷺ «الغنيمة لمن شهد الوقعة» ولأنه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد)** وقوله: **(ولنا أنه لو**

---

(١) لا أصل له مرفوعاً. وقد أخرجه عبد الرزاق في مصنفه بإسناد صحيح كما في فتح الباري ٦/ ٢٢٤ عن طارق بن شهاب عن عمر أنه كتب إلى عمار: الغنيمة لمن شهد الوقعة. وله قصة، ورواه ابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٣/ ٤٠٨ وكذا البيهقي ٩/ ٥٠ من رواية طارق بن شهاب عن عمر وقال البيهقي: هذا هو الصحيح الموقوف على عمر.

ورواه البيهقي عن أبي بكر الصديق موقوفاً، وفيه انقطاع لذا عقبه بروايته عن عمر، وتصحيحه إياه عن عمر.

تنبيه: نسب صاحب الهداية استدلال الشافعي للحديث المرفوع، ثم رجع وقفه اهـ. والصواب أن الشافعي لم يستدل به على كونه مرفوعاً. وإنما رواه موقوفاً، وأشار البيهقي إلى استدلال الشافعي بحديث أبان بن سعيد بن العاص الذي تقدم تخريجه قبل حديث واحد اهـ فتنبه لأن الشافعي عالم بالحديث صحيحه، وسقيمه موقوفه، ومرفوعه»

(٢) تقدم في الذي قبله مستوفياً.

(٣) موقوف حسن. أخرجه البيهقي ٩/ ٥١ وابن عدي في الكامل ٢/ ٥٧ كلاهما من طريق بختري العبدي عن علي موقوفاً. والعبدي غير قوي لكن له شواهد موثوقة تشهد له.

رفيقه فضل حمولة، ويجبرهم في رواية السير الكبير لأنه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص (**ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب**) لأنه لا ملك قبلها، وفيه خلاف الشافعي، وقد بينا الأصل (**ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة، ومن مات منهم بعد إخراجها إلى دار الإسلام فنصيبه لورثته**) لأن الإرث يجري في الملك، ولا ملك قبل الإحراز، وإنما الملك بعده. وقال الشافعي: من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه. قال: (**ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام**) قال رضي الله عنه: أرسل ولم يقيده بالحاجة، وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في أخرى. وجه الأولى أنه مشترك بين الغانمين فلا يباح الانتفاع به إلا لحاجة كما في الثياب والدواب. وجه الأخرى قوله عليه الصلاة والسلام في طعام خيبر «كلوها واعلفوها ولا تحملوها» ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب، لأن الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة، فبقي على أصل الإباحة للحاجة بخلاف السلاح لأنه

ظهر أنه قصده غير أنه ضم إليه شيئاً آخر كالتجارة في الحج لا ينتقص به ثواب حجه. وعلى كون السبب ما قلنا فرّع ما لو أسر في دار الحرب فأصابوا بعده غنيمة ثم انفلت فلحق بالجيش قبل أن يخرجوا شاركهم فيها وفي كل ما يصيبونه وإن لم يلقوا قتالاً بعده، ولو لحق بعسكر غير الذي خرج معهم وقد أصابوا غنائم لا يشاركهم فيها إلا أن يلقوا قتالاً فيقاتل معهم، لأنه ما انعقد له سبب الاستحقاق معهم، وإنما كان قصده من اللحوق بهم الفرار ونجاة نفسه فلا يستحق إلا أن يقاتلوا فيقاتل معهم لأنه حينئذ تبين أنه قصد باللحاق بهم القتال، وكذا من أسلم في دار الحرب ولحق بالعسكر، والمرتد إذا تاب ولحق بالعسكر، والتاجر الذي دخل بأمان إذا لحق بالعسكر إن قاتلوا استحقوا وإلا فلا شيء لهم قوله: (**وإذا لم يكن للإمام حمولة**) بفتح الحاء المهملة ما يحمل عليه من بعير وفرس وغيره (**يقسمها بينهم**) فقيل قسمة الغنيمة في دار الحرب للحاجة فتكون هذه القسمة بالاجتهاد فتصح، وقيل قسمة إيداع إلى دار الإسلام ويستردها فيقسمها، ثم على هذا يكون بالأجرة وهل يكرههم على ذلك؟ في السير الصغير لا يكرههم لأنه انتفاع بمال الغير لا يطيب من نفسه، فهو كمن تلفت دابته في دار الإسلام ومع رفيقه دابة فليس له أن يحمل عليها كرهاً بأجر المثل. وقوله: (**لأنه ابتداء إجارة**) أي من كل وجه احتراز عن مثل ما إذا انقضت مدة إجارة السفينة في وسط البحر أو البعير في البرية فإنه تنعقد بينهما إجارة بأجر المثل جبراً. وفي السير الكبير يكرههم لأنه دفع الضرر العام بالضرر الخاص، ولأن منفعته راجعة إليهم والأجرة من الغنيمة. والأوجه أنه إن خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنيمة يفعل هذا وإن لم يخف قسمها قسمة الغنيمة في دار الحرب فإنها تصح للحاجة، وفيه إسقاط الإكراه وإسقاط الأجرة. وقوله في المختصر أي القدروي قوله: (**ولا يجوز بيع الغنائم في دار الحرب**) لعدم الملك وهو المراد بقوله: (**وقد بينا الأصل فيه**) وهذا في

توجد **المجاوزة**) واضح (**وما رواه**) من قوله: الغنيمة لمن شهد الوقعة (**موقوف على عمر رضي الله عنه**) ومثله ليس بحجة عنده لأنه لا يرى تقليد الصحابي (**أو تأويله أن يشهدها على قصد القتال**) ألا ترى أن الكفار يشهدونها وليس لهم شيء (**وإن لم يكن للإمام حمولة**) بفتح الحاء ما يحمل عليه من بعير أو فرس أو بغل أو حمار (**قسمها بين الغانمين قسمة إيداع**) وكلامه واضح. وقوله: (**لأنه ابتداء إجارة**) أي من كل وجه، وهذا احتراز عن إجارة مستأنفة في حالة البقاء، فإنه يجبر على الإجارة بالاتفاق كما في مسئلة السفينة، فإن من استأجر سفينة شهراً فمضت المدة في وسط البحر فإنه ينعقد عليها إجارة أخرى بأجر المثل بغير رضا المالك. وقوله: (**وصار كما إذا نفقت دابته**) يعني في كونه ابتداء إجارة من كل وجه. وقوله: (**ويجبرهم في رواية السير الكبير**) ظاهر، ويكون الأجر من الغنائم يبتدأ به قبل الخمس، لأن في هذا الاستئجار منفعة للغانمين فهو كالاستئجار لسوق الغنم والرمك، وحق أصحاب الحمولة لا يمنع صحة الاستئجار لأن شركة الملك هي التي لا تمنع صحة الاستئجار لا شركة الحق كما في مال بيت المال. وقوله: (**ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة**) واضح مما تقدم. قوله: (**ولا ملك قبل الإحراز**) فيه نظر لأنه يناقض قوله فيما تقدم لأن بكل منها يتم الملك. والجواب أنه ترك ذكر القسمة في دار الحرب وبيع الغنائم فيها ها هنا اعتماداً على

يستصحبه فانعدم دليل الحاجة، وقد تمس إليه الحاجة فتعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم إذا استغنى عنه، والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت. قال: **(ويستعملوا الحطب)** وفي بعض النسخ الطيب، **(ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة)** لمساس الحاجة إلى جميع ذلك **(ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة)** وتأويله إذا احتاج إليه بأن لم يكن له سلاح وقد بيناه **(ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئاً ولا يتموّلونه لأن البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه)**، وإنما هو إباحة وصار كالمباح له الطعام. وقوله ولا يتمولونه إشارة إلى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لأنه لا ضرورة إلى ذلك، فإن باعه أحدهم ردّ الثمن إلى الغنيمة لأنه بدل عين كانت للجماعة. وأما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك، إلا أنه يقسم الإمام بينهم في دار الحرب إذا احتاجوا إلى الثياب والدوابّ والمتاع، لأن المحرّم يستباح للضرورة فالمكروه أولى،

بيع الغزاة ظاهر، وأما بيع الإمام لها فذكر الطحاوي أنه يصح لأنه مجتهد فيه: يعني أنه لا بد أن يكون الإمام رأى المصلحة في ذلك، وأقله تخفيف إكراه الحمل عن الناس أو عن البهائم ونحوه وتخفيف مؤنته عنهم فيقع عن اجتهاد في المصلحة فلا يقع جزافاً فينعقد بلا كراهة مطلقاً قوله: (ومن مات من الغانمين) تقدم تفريعها على عدم الملك قبل دار الإسلام وهو المراد بقوله وقد بيناه قوله: **(ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام)** علف الدابة علفاً من باب ضرب ضرباً فهي معلوفة وعليف والعلف ما اعتلفه. وحاصل ما هنا أن الموجود إما ما يؤكل أولاً، وما يؤكل إما يتداوى به كالهليج أو لا، فالثاني ليس لهم استعماله إلا ما كان من السلاح والكراع كالفرس فيجوز بشرط الحاجة بأن مات فرسه أوانكسر سيفه. أما إذا أراد أن يوفر سيفه وفرسه باستعمال ذلك فلا يجوز، ولو فعل أثم ولا ضمان عليه ولو تلف نحو الحطب، بخلاف الخشب المنحوت لأن الاستحقاق على الشركة فلا يختص بعضهم ببعض المستحق على وجه يكون أثراً للملك فضلاً عن الاستحقاق، بخلاف حالة الضرورة فإنها سبب الرخصة فيستعمله ثم يرده إلى الغنيمة إذا انقضى الحرب، وكذا الثوب إذا ضرّه البرد فيستعمله ثم يرده إذا استغنى عنه، ولو تلف قبل الرد لا ضمان عليه، ولو احتاج الكل إلى الثياب والسلاح قسمها حينئذ بينهم **(ولم يذكر)** محمد رحمه الله **(قسمه السلاح ولا فرق)** كما ذكر المصنف لأن الحاجة في السلاح والثياب واحد، بخلاف السبي لا يقسم إذا احتيج إليه لأن من فضول الحوائج لا من أصولها فيستصحبهم إلى دار الإسلام مشاة، فإن لم يطيقوا وليس معه فضل حمولة قبل الرجال وترك النساء والصبيان، وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمل: يعني بالأجر فيه روايتان تقدّمتا. وأما ما يتداوى به فليس لأحد تناوله، وكذا الطيب والأدهان التي لا تؤكل كدهن البنفسج لأنه ليس في محل الحاجة بل الفضول. وقال

ذكره هناك أو لأن ذلك لعارض الحاجة والاعتبار للأمور الأصلية. وقوله: **(وقد بيناه)** أي في مسئلة قسمة الغنيمة في دار الحرب. قوله: **(ولا بأس بأن يعلف العسكر)** أي دوابهم العلف **(في دار الحرب)** وقوله لم يقيده بالحاجة يعني القدوري في مختصره **(وقد شرطها)** يعني محمداً **(في رواية)** هي رواية السير الصغير **(ولم يشترطها في أخرى)** وهي رواية السير الكبير، ووجه كل منهما ما ذكره في الكتاب وهو واضح. وقوله: **(وعلف ظهره)** أي دابته واستعار لفظ الظهر لها والميرة الطعام **(فيعتبر حقيقتها)** أي حقيقة الحاجة في السلاح. وقوله: **(والدابة مثل السلاح)** يعني في اعتبار حقيقة الحاجة لكن إذا اعتبر حاجة الركوب، أما إذا اعتبر فيها الأكل فهي كالطعام **(ويستعملوا الحطب، وفي بعض النسخ الطيب)** قيل وليس بصحيح لأن القدوري نفسه قال في شرح مختصر الكرخي بعدم جواز الانتفاع بالطيب، أما الحطب فلتعذر النقل من دار الإسلام جاز استعماله كما في العلف. وأما الأدهان بالدهن

قال المصنف: **(ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا الخ)** أقول: أي لا بأس بأن يعلف العسكر دوابهم العلف، فالمفعول بهما محذوفان، علف الدابة يعلف علفاً من باب ضرب إذا أطعمها العلف قال المصنف: **(ويستعملوا الحطب الخ)** أقول: معطوف على قوله بأن يعلف قوله: **(وليس بصحيح)** أقول: القائل هو الإتقاني.

وهذا لأن حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان أولى بالرعاية، ولم يذكر القسمة في السلاح، ولا فرق في الحقيقة لأنه إذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين، وإن احتاج الكل يقسم في الفصلين، بخلاف ما إذا احتاجوا إلى السبي حيث لا يقسم لأن الحاجة إليه من فضول الحوائج. قال: (ومن أسلم منهم) معناه في دار الحرب (أحرز

عليه الصلاة والسلام «ردوا الخيط والمخيط»[١] ولا شك أنه لو تحقق بأحدهم مرض يحوجه إلى استعمالها كان له ذلك كلبس الثوب، فالمعتبر حقيقة الحاجة. وأما ما يؤكل لا للتداوي سواء كان مهيأ للأكل كاللحم المطبوخ والخبز والزبيب والعسل والسكر والفاكهة اليابسة والرطبة والبصل والشعير والتبن والأدهان المأكولة كالزيت والسمن فلهم الأكل، والادّهان بتلك الأدهان لأن الادّهان انتفاع في البدن كالأكل ويوقحوا الدوابّ بها، وتوقيح الدابة تصليب حافرها بالدهن إذا حفي من كثرة المشي. والراء أي الترقيح خطأ، كذا في المغرب لكن الأصح جوازه. ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الإصلاح قال: هكذا قرأنا على المشايخ. وفي الجمهرة: رقح عيشه ترقيحاً إذا أصلحه، وأنشد:

يترك ما رقح من عيشه يعيث فيه همج هامج

والهمج من الناس هم الذين لا نظام لهم، فالترقيح أعم من التوقيح، وكذا كل ما يكون غير مهيأ كالغنم والبقر فلهم ذبحها وأكلها ويردّون الجلد إلى الغنيمة. ثم شرط في السير الصغير الحاجة إلى التناول من ذلك وهو القياس، ولم يشترطها في السير الكبير وهو الاستحسان، وبه قالت الأئمة الثلاثة، فيجوز لكل من الفقير والغنيّ تناوله إلا التاجر والداخل لخدمة الجندي بأجر لا يحل لهم، ولو فعلوا لا ضمان عليهم ويأخذ ما يكفيه هو ومن معه من عبيده ونسائه وصبيانهم الذين دخلوا معه. وينبغي أن يأخذ ما يكفي الداخل لخدمته كعبده لأن نفقته عليه عادة فصار الحاصل منع الداخل بنفسه دون الغازي أن يأخذ لأجله، ولأن دليل الحاجة قائم وهو كونه في دار الحرب منقطعاً عن الأسباب فيدار الحكم عليه، بخلاف نحو الثياب والسلاح يناط بحقيقة الحاجة، والحديث الذي ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام في طعام خيبر «كلوها واعلفوها ولا تحملوها» رواه البيهقي. أنبأنا عليّ بن محمد بن بشران، أخبرنا أبو جعفر الرازي، حدثنا أحمد بن حنبل، حدثنا الواقدي عن عبد الرحمن بن الفضل عن العباس ابن عبد الرحمن الأشجعي عن أبي سفيان عن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ يوم خيبر «كلوا واعلفوا ولا تحملوا»[٢] وأخرجه الواقدي في

فالمراد به الدهن المأكول كالزيت، لأنه لما كان مأكولاً كان صرفه إلى بدنه كصرفه إلى أكله، وإذا لم يكن مأكولاً لا ينتفع به بل يردّه إلى الغنيمة. قوله: (ويوقحوا به الدابة) التوقيح تصليب حافرها بالشحم المذاب إذا حفي من كثرة المشي، ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الإصلاح، قال: هكذا قرأنا على المشايخ. قال صاحب المغرب: والراء خطأ لأن الأول ها هنا أولى وأليق. قلت: هذا التعليل إن كان منقولاً عنه فهو مناقض لأن ترك الأولى لا يسمى خطأ. وقوله: (وتأويله الخ) إنما احتاج المصنف إلى هذا التأويل، لأنه إذا احتاج الغازي إلى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز. وقوله: (وقد بيناه)

قوله: (وإذا لم يكن مأكولاً الخ) أقول: كدهن البنفسج والخيرى قوله: (ولا يتمولونه: أي يبيعونه بالعروض) قوله ولا يتمولونه عطف على قوله ولا يجوز لا على قوله أن يبيعوا فتأمل.

---

(١) حسن. هو بعض حديث أخرجه أحمد ٢/ ١٨٤ من طريق ابن إسحق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «شهدت يوم حنين، وجاءت رسول الله ﷺ وفود هوازن...» وآخره «قال: يا أيها الناس ليس لي من هذا الفيء إلا الخمس، والخمس مردود عليكم، فردوا الخياط والمخيط، فإنه الغلول يكون على أهله يوم القيامة...» الحديث. ففيه التحذير من الغلول. واختصره الدارمي ٢٣٩٢ حيث رواه من حديث عبادة.

(٢) حسن لشواهده، أخرجه البيهقي في المعرفة كما في نصب الراية ٣/ ٤٠٩ من طريق الواقدي عن عبد الله بن عمرو بن العاص وضعفه البيهقي وأخرجه الواقدي في مغازيه ٢/ ٦٦٢ . ٦٦٣ مطولاً. ومدار الطريقين على الواقدي، وهو واهٍ. بل وشيخه إسحق بن أبي فروة واهٍ أيضاً، وكذا أبوه وكذا قال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٢١ اهـ.

قلت: لكن حديث البيهقي الضعف فيه سببه الواقدي لأنه من طريق آخر، وله شاهد وهو الآتي، فهو حسن إن شاء الله.

بإسلامه نفسه) لأن الإسلام ينافي ابتداء الاسترقاق (وأولاده الصغار) لأنهم مسلمون بإسلامه تبعاً (وكل مال هو في يده)

مغازيه بغير هذا السند، وهذا الإطلاق يوافق رواية السير الكبير. وأخرج أبو داود عن عبدالله بن أبي أوفى: «أصبنا طعاماً يوم خيبر فكان الرجل يجيء فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينصرف»[1] . وأخرج البيهقي عن هانيء بن كلثوم أن صاحب جيش الشام كتب إلى عمر رضي الله عنه: إنا فتحنا أرضاً كثيرة الطعام والعلف فكرهت أن أتقدم لشيء من ذلك إلا بأمرك، فكتب إليه: دع الناس يأكلون ويعلفون، فمن باع شيئاً بذهب أو فضة ففيه خمس لله وسهام للمسلمين[2] . وهذا دليل ما ذكر في الكتاب من قوله ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئاً ولا يتموّلونه، فإن باعوا ردوا الثمن إلى الغنيمة لأنه عوض عين مشتركة بين الغانمين استحقاقاً قوله: (ومن أسلم منهم) هنا أربع مسائل: إحداها أسلم الحربي في دار الحرب ولم يخرج إلينا حتى ظهر على الدار. والحكم فيها ما ذكر في الكتاب من أنه أحرز نفسه وولده الصغار وما كان في يده من المنقولات إلى آخر ما سنذكر. ثانيها أسلم في دار الحرب ثم خرج إلينا ثم ظهر على الدار فجميع ماله هناك فيء إلا أولاده الصغار، لأنه حين أسلم كان مستتبعاً لهم فصاروه مسلمين فلا يرد الرق عليهم ابتداء، بخلاف غيرهم لانقطاع يده عنه بالتباين فيغنم، وما أودع مسلماً أو ذمياً ليس فيئاً لأن يدهما يد صحيحة على ذلك المال فتدفع إحراز المسلم فترد عليه، وما أودع حربياً ففي ظاهر الرواية فيء. وعن أبي حنيفة أنه له لأن يده تخلف يده. وجه الظاهر أنها ليست يداً صحيحة حتى لا تدفع اغتنام المسلمين عن أمواله.

وثالثها مستأمن أسلم في دار الإسلام ثم ظهرنا على داره فجميع ما خلفه فيها من الأولاد الصغار والمال فيء لأن تباين الدارين قاطع للعصمة، فبالظهور ثبت الاستيلاء على مال غير معصوم، أما في غير الأولاد فظاهر، وأما فيهم فلأنهم لم يصيروا مسلمين بإسلامه لانقطاع التبعية بتباين الدارين فكانوا من جملة الأموال. رابعها دخل المسلم أو الذمي دار الحرب بأمان واشترى منهم أموالاً وأولاداً ثم ظهرنا على الدار فالكل له إلا الدور والأرضين فإنها فيء لأن يده صحيحة لأنه مسلم فتكون يده محرزة دافعة لإحراز المسلمين إياها، فأما الأرضون فالوجه فيها ما سنذكر، ومن قاتل من عبيده فيء وامرأته الحبلى الحربية وما في بطنها فيء ووديعته ولو عند حربي له لأنه ما دام في دار الحرب فيده عليها. ولنأت إلى مسألة الكتاب قال: ومن أسلم منهم الخ، قال المصنف: معناه في دار الحرب قيد به احترازاً عما لو أسلم مستأمن في دار الإسلام ثم ظهر على الدار فإن جميع ما خلفه فيها حتى صغاره فيء على ما ذكرناه، وهو بعد ذلك أعم من كونه خرج إلينا أو لم يخرج إلينا، والحكم المذكور يخص ما إذا لم يخرج حتى ظهر على الدار لما سمعته آنفاً من أن الذي خرج فظهر على الدار وهو عندنا لا يحرز غير بنيه، فلا بد من تقييده بكل من كونه في دار الحرب وكونه لم يخرج حتى ظهر على الدار وحينئذ (يحرز نفسه وأولاده الصغار لأنهم مسلمون تبعاً وكل مال) بالنصب عطفاً على نفسه من نقد وعبيد وإماء لم يقابلوا لقوله: (عليه الصلاة والسلام «من أسلم على مال فهو له») قال محمد: حدثنا الثقة: حدثنا ابن

إشارة إلى قوله بخلاف السلاح لأنه يستصحبه الخ. وقوله: (ولا يجوز أن يبيعوا) أي لا يجوز أن يبيعوا بالذهب والفضة (ولا يتمولونه) أي يبيعونه بالعروض. وقوله: (على ما قدمناه) يعني أنه لا ملك قبل الإحراز، وكلامه واضح. وقوله: (يباح له الانتفاع في الفصلين) أي في فصل السلاح وفصل الثياب والدواب. قال: (ومن أسلم منهم) إنما احتاج المصنف إلى قوله معناه في دار

قال المصنف: (لقوله عليه الصلاة والسلام «من أسلم على مال» الحديث) أقول: أي مع مال قوله: (فإن الإسلام لا ينافيه كما تقدم) أقول: أي في هذا الباب. قال المصنف: (أو وديعة) أقول: عطف على قوله في يده.

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٢٧٠٤ والبيهقي ٩/ ٦٠ كلاهما من حديث عبد الله بن أبي أوفى واللفظ لأبي داود وسكت عليه هو والمنذري في مختصره ٢٥٨٩ وكذا البيهقي وإسناده حسن وله شواهد. ومنها الآتي الموقوف على عمر.

(٢) موقوف حسن. أخرج البيهقي ٩/ ٦٠ بسنده عن هانيء بن كلثوم عن عمر موقوفاً وإسناده حسن.

لقوله عليه الصلاة والسلام «من أسلم على مال فهو له» ولأنه سبقت يده الحقيقة إليه يد الظاهرين عليه (أو وديعة في يد مسلم أو ذمي) لأنه في يد صحيحة محترمة ويده كيده (فإن ظهرنا على دار الحراب فعقاره فيء) وقال الشافعي: هو له

أبي لهيعة قال: حدثنا أبو الأسود عن عروة بن الزبير أن رسول الله ﷺ قال «من أسلم على شيء فهو له» وأحسن من هذا السند سند سعيد بن منصور: حدثنا عبدالله بن المبارك عن حيوة بن شريح عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل عن عروة بن الزبير قال: قال رسول الله ﷺ الحديث[1]، وهذا مرسل صحيح. وروى أبو داود عن أبان بن عبد الله بن أبي حازم عن عثمان بن أبي حازم عن أبيه عن جدّه صخر بن العيلة «أنه عليه الصلاة والسلام غزا ثقيفاً، فساقه إلى أن قال فدعاه: أي دعا النبيّ ﷺ صخراً فقال له: إن القوم إذا أسلموا أحرزوا دماءهم وأموالهم، ثم ساقه إلى أن قال: وسأل نبيّ الله ﷺ ماء لبني سليم فأنزله إياه وأسلم، يعني السُّلَيميين، وساقه إلى أن قال: فقالوا يا رسول الله أسلمنا وأتينا صخراً ليدفع إلينا ماءنا فأبى، فدعاه فقال: يا صخر إن القوم إذا أسلموا أحرزوا دماءهم وأموالهم فادفع إلى القوم ماءهم»[2] وأبان هذا مختلف في توثيقه وتضعيفه، وصخر بن العيلة بعين مهملة مفتوحة ثم يليها ياء مثناة من تحت، ويقال ابن أبي العيلة **(ولأنه سبقت يده الحقيقية إليه يد الظاهرين عليه)** وقوله: **(أو وديعة)** أودعها **(في يد مسلم أو ذمي لأنه في يد صحيحة محترمة)** بنصب وديعة **(ويده)** أي يد المودع **(كيده، فإن ظهرنا على الدار فعقاره فيء)** وماله من زرع قبل أن يحصد لأنه تبع للأرض وقال الشافعي: **(هو له لأنه في يده فهو كالمنقول)** ولم يذكروا خلافاً في شروح الجامع الصغير. ونقل المصنف عن بعضهم نقل الخلاف فقال: **(وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر، وفي قول محمد وهو قول أبي يوسف الأول هو كغيره من الأموال بناء على أن اليد لا تثبت حقيقة على العقار عندهما، وعند محمد تثبت)** وحكاه شمس الأئمة على خلاف هذا فقال: فأما عقاره لا يصير غنيمة في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: أستحسن

الحرب ليقع الاحتراز به عن مستأمن دخل دارنا بأمان فأسلم فيها ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فإن أولاده وأمواله كلها فيء، والفيء ما نيل من الكفار بعد ما تضع الحرب أوزارها وتصير الدار دار الإسلام. قوله: **(لأن الإسلام ينافي ابتداء الاسترقاق)** لأنه يقع جزاء لاستنكافه عن عبادة ربه عز وجل، فإنه لما استنكف عن عبودية ربه جازاه الله تعالى بأن صيره عبد عبيده، ولما كان مسلماً وقت الاستيلاء لم يوجد شرط الاسترقاق وهو الاستنكاف فلا يوجد المشروط، واحترز بذلك عن الاسترقاق حالة البقاء، فإن الإسلام لا ينافيه كما تقدم. قوله: **(وأولاده الصغار وكل مال)** منصوبان بالعطف على مفعول أحرز. وقوله: **(في يد صحيحة)** احتراز عن يد الغاصب. وقوله: **(محترمة)** احتراز عن يد الحربي. قوله: **(وقيل هذا)** أي كون عقاره **(فيئاً)** قول أبي حنيفة وأبي

---

(١) رواه محمد كما ذكر المصنف، وإسناده واهٍ فيه راوٍ لم يسمّ. وابن أبي لهيعة لعله صوابه ابن لهيعة، وهو واهٍ. وقد أشار ابن الهمام لضعف الإسناد حيث قال: وأحسن منه ما رواه سعيد بن منصور عن عروة مرسلاً.

قلت: رواه سعيد بن منصور في سننه ٣/ ١/ ٥٤/ ١٨٩ ونقل الزيلعي عن ابن عبد الهادي قوله: مرسل صحيح. اهـ نصب الراية ٣/ ٤١٠.

وأخرجه أبو يعلى ٥٨٤٧ والبيهقي ٩/ ١١٣ كلاهما من حديث أبي هريرة.

وقال البيهقي: فيه ياسين الزيات البخاري ويحيى وغيرهما. بل ذكره الهيثمي في المجمع ٥/ ٣٣٥ ونسبه لأبي يعلى، وقال: فيه ياسين الزيات متروك اهـ.

ورواه البيهقي ٩/ ١١٣ من حديث بريدة بمعناه، وإسناده واهٍ فيه ليث بن أبي سُليم ضعفه غير واحد اهـ.

قال البيهقي: وروي عن ابن أبي مليكة مرسلاً اهـ.

الخلاصة: هذا حديث بمجموع طرقه المرفوعة، والمرسلة يصير حسناً إن شاء الله تعالى، وشاهده الآتي.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٣٠٦٧ والدارمي ٢٣٧٦ وإسحق في مسنده كما في نصب الراية ٣/ ٤١٢ كلهم من حديث صخر بن العيلة. طوّله أبو داود، واختصره الدارمي قال المنذري في مختصره ٢٩٤٣: في إسناده أبان ابن عبد الله بن أبي حازم. وثقه يحيى، وقال أحمد: صدوق صالح الحديث، وقال ابن عدي: أرجو أنه لا بأس به وقال ابن حبان ينفرد بالمناكير.

وقال أبو القاسم البغوي: صخر بن العيلة له صحبة اهـ ونقله الزيلعي ٣/ ٤١٢ عن المنذري.

وقال ابن حجر في التقريب عن أبان: صدوق في حفظه لين.

قلت: وللحديث شواهد كما ترى، فهو حسن إن شاء الله.

لأنه في يده فصار كالمنقول. ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة، وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر. وفي قول محمد وهو قول أبي يوسف الأول هو كغيره من الأموال

فأجعل عقاره له لأن ملك محترم له كالمنقول اهـ. وحكى غيره أن عندهما لا يصير فيئاً وعند أبي حنيفة هو فيء، ووجهه ما ذكر المصنف رحمه الله بقوله: (ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة) بل حكماً ودار الحرب ليست دار أحكام فكانت يده غير معتبرة قبل ظهور المسلمين على الدار وبعد ظهورهم يدهم أقوى من يد السلطان وأهل الدار لأنها جعلت شرعاً سالبة لما في أيديهم، وظاهر ما ذكرناه من حديث أبان يشهد لكونه غير فيء فإنه قال لصخر حين منعهم ماءهم: إن القوم إذا أسلموا أحرزوا أموالهم فسماه مالاً[١].
والمراد من الماء الأرض التي فيها الماء لا نفس الماء بخصوصه؛ ألا ترى إلى قوله أنزلني فأنزله إياه[٢]، والاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام «فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم»[٣] بناء على تسميتها مالاً في ذلك الحديث، لكن قد ضعف[٤] أبانا جماعة مع احتمال أن يراد حقيقة الماء ونزول الأرض لأجله. قال: (وزوجته فيء لأنها كافرة حربية لا تتبعه في الإسلام، وكذا حملها فيء) وإن حكم بإسلامه تبعاً لخير الأبوين ديناً (خلافاً للشافعي. هو يقول إنه مسلم كالمنفصل. ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعاً لغيره) كما لو تزوج أمة الغير تكون أولاده مسلمين أرقاء (بخلاف المنفصل لانعدام الجزئية وأولاده الكبار فيء لأنهم كفار حربيون) لا يتبعونه في الإسلام، ولا خلاف في هذا (ومن قاتل من عبيده) فهو (فيء) خلافاً للأئمة الثلاثة، والظاهر معهم لأنه لم يخرج عن كونه ماله. ولأصحابنا أنه لما قاتل والفرض أن سيده مسلم فقد تمرّد على مولاه فخرج عن يده فصار تبعاً لأهل دارهم فنقصت نسبته بالمالية إلى مولاه لأن كمال معنى ماليته بالملك واليد وعن هذا قلنا (ما كان من ماله في يد حربي غصباً فهو فيء) لارتفاع يده بالغصب، واليد التي خلفت ليست صحيحة ولا محترمة، ولأن الحربي الغاصب ملكه بالغصب لأن دار الحرب دار القهر والغلبة، قاله الفقيه أبو الليث. وكذا إذا كان وديعة عند حربي عنده خلافاً للأئمة الثلاثة في الفصلين لإطلاق الحديث[٥]، ولأبي يوسف ومحمد في فصل الوديعة لأن يد المودع كيده، ولو كانت في يده حقيقة لا تكون

يوسف الآخر قال: (شمس الأئمة السرخسي في المبسوط والجامع الصغير، فما كان في يده من المال فهو له إلا العقار فإنه فيء في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: أستحسن في العقار أن أجعله له لأنه ملك محترم له كالمنقول، وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد، إلا إن كان عنه أيضاً روايتان فقد هان الخطب إذ ذاك. قوله: (عندهما) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن اليد على البقاع إنما تثبت حكماً ودار الحرب ليست بدار الأحكام فلا معتبر بيده فيها قبل ظهور المسلمين عليها وبعد الظهور يد الغانمين فيها أقوى من يده لغلبتهم، وعند محمد تثبت (وزوجته فيء) لأنها كافرة لا تتبعه في الإسلام لأن المسلم يتزوّج الكتابية وتبقى كتابية ولا تصير مسلمة تبعاً لزوجها إذ هو من باب الاعتقاد (وكذا حملها فيء خلافاً للشافعي رضي الله عنه) في الحمل (هو يقول إنه) أي الحمل (مسلم) بتبعية أبيه والمسلم لا يسترق كالولد المنفصل (ولنا أنه جزؤها) وهي قد صارت فيئاً بجميع أجزائها؛ ألا ترى أنه لا يجوز أن يستثنى الجنين في إعتاق الأم كما لا يستثنى سائر أجزائها؛ فكما أن الحمل لا

قال المصنف: (ولنا أن العقار، إلى قوله: وسلطانها) أقول: قوله وسلطانها معطوف على قوله أهل قوله: (وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد) أقول: فيه شيء.

---

(١) هو بعض المتقدم.

(٢) هو بعض المتقدم.

(٣) متفق عليه. تقدم في كتاب الزكاة.

(٤) قلت: لا فقط ضعفه ابن حبان وحده، وقد قال الذهبي في الميزان عنه: حسن الحديث اهـ. مع تعنت الذهبي وتشدده في الرجال. والله أعلم.

(٥) لعل المراد حديث: «أمرت أن أقاتل الناس... عصموا مني دماءهم وأموالهم» والله تعالى أعلم مفهوم الحديث أن من لم يقل لا إله إلا الله، فماله غير معصوم، ولا حرمة له. والله أعلم.

بناء على أن اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما، وعند محمد تثبت **(وزوجته فيء)** لأنها كافرة حربية لا تتبعه في الإسلام **(وكذا حملها فيء)** خلافاً للشافعي. وهو يقول إنه مسلم تبعاً كالمنفصل. ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعاً لغيره بخلاف المنفصل لأنه حرّ لانعدام الجزئية عند ذلك **(وأولاده الكبار فيء)** لأنهم كفار حربيون ولا تبعية **(ومن قاتل من عبيده فيء)** لأنه لما تمرّد على مولاه خرج من يده فصار تبعاً لأهل دارهم **(وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء)** غصباً أو وديعة لأن يده ليست بمحترمة **(وما كان غصباً في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة. وقال محمد: لا يكون فيئاً)** قال العبد الضعيف رحمه الله: كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير. وذكروا في شروح

فيئاً فكذا إذا كانت في يده حكماً، بخلاف الغصب لأنه ليس في يده حقيقة ولا حكماً. ولأبي حنيفة أن يد الحربي ليست محترمة؛ ألا ترى أنها لا تدفع يد الغانمين عن مالهم فلا تدفع يدهم عن مال غيرهم. وأورد أن يد المودع الحربي لما قامت مقام يده وجب أن تعمل عمل الأصل وهو يد المسلم لا بوصف نفسها، كما أن التراب لما كان خلفاً عن الماء عمل بصفة الماء فرفع الحدث فيكون المال معصوماً لعصمة صاحبه. أجيب بجوابين: أحدهما أن المال في الأصل غير معصوم بل على الإباحة، وإنما ينعصم تبعاً لعصمة مالكه، وتبعيته له في العصمة إنما تثبت إذا ثبتت يد المالك المعصوم حقيقة أو حكماً مع الاحترام وكلاهما منتف هنا، وهذا مما قد يمنع فيه عدم الاحترام بل يده الحكمية محترمة، وغير المحترمة إنما هي يد الحربي الحقيقية. الثاني أن قيام يد المودع حقيقي وهو الحربي وقيام يد المودع المسلم حكمي، فاعتبار الحكمي إن أوجب العصمة فالحقيقي يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك. ويرد على هذا منع أنها لم تكن ثابتة بل كانت معلومة الثبوت من حين أسلم للإجماع على ثبوت ملكه حال كونه في يد الحربي. والنص يوجب في ملكه العصمة بالإسلام. وأما ما كان غصباً في يد مسلم أو ذمي فقال المصنف هو قول أبي حنيفة خلافاً لهما. أو قال: **(هكذا ذكر الاختلاف في السير الكبير. وذكروا في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع أبي حنيفة)** وفي بعض النسخ: وقالا لا يكون فيئاً إلى أن قال: وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد، فلا شك أن هذا تكرار لا معنى له. ثم قال في النهاية: إنه تتبع النسخ، والصحيح منها أن يقال: وما كان غصباً في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة. وقال محمد: لا يكون فيئاً لأن رواية السير الكبير على ما ذكر الإمام شمس الأئمة هكذا، وكذا

يصير عبداً عند إعتاق الأم مستثنى بحال، فكذا في الاسترقاق لا يصير الجنين مستثنى بعد ما ثبت الرق في الأم. وقوله: **(والمسلم محل للتملك)** جواب عن قوله إنه مسلم تبعاً. وتقريره سلمنا أنه مسلم تبعاً لكن المسلم محل التملك تبعاً لغيره، كما إذا تزوّج المسلم أمة الغير يكون الولد رقيقاً بتبعية الأم وإن كان مسلماً بإسلام أبيه. وقوله: **(بخلاف المنفصل)** جواب عن قوله كالمنفصل وهو ظاهر، وكذلك قوله: **(وأولاده الكبار فيء، ومن قاتل من عبيده فيء لأنها لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعاً لأهل الدار)** وأهل الدار فيء، ومن لم يقاتل فليس بفيء لأنهم أتباعه. وقوله: **(وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصباً كان أو وديعة لأن يده ليست بمحترمة)** اعترض عليه بأن ما قام مقام غيره إنما يعمل بوصف الأصل لا بوصف نفسه كالتراب مع الماء في التيمم، ولما كان الحربي مقام المودع المسلم كان الواجب أن تكون يده كيد المسلم محترماً نظراً إلى نفسه لا غير محترم نظراً إلى الحربي. وأجيب بأن قيام يد المودع على الوديعة حقيقي وقيام يد المالك عليها حكمي، واعتبار الحكمي إن أوجب العصمة فاعتبار الحقيقي يمنعها، والعصمة لم تكن ثابتة لأن المال في أصله على صفة الإباحة وعصمته تابعة لعصمة المالك، وإنما تثبت التبعية أن لو ثبت يد المالك المعصوم له حقيقة أو حكماً مع الاحترام، لأنه بدون الاحترام يعارضها جهة الإباحة الأصلية فلا تثبت بالشك. وقوله: **(وما كان غصباً في يد مسلم)** اختلف نسخ الهداية في هذا الموضع فبعضها وقع هكذا **(وما كان غصباً في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة، وقالا لا يكون فيئاً، قال رضي الله عنه: كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير.** وذكر في شرح

قوله: **(وأجيب بأن قيام يد المودع الخ)** أقول: خلاصة الجواب أن العمل بوصف الأصل إنما يكون إذا لم يكن له معارض، وها هنا وجد المعارض وهو الإباحة الأصلية قوله: **(مع الاحترام)** أقول: أي احترام اليد الحقيقي.

الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد. لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بإسلامه فيتبعها ماله فيها. وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالإسلام؛ ألا ترى أنها ليست بمتقوّمة إلا أنه محرّم التعرض في الأصل لكونه مكلفاً وإباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالإسلام. بخلاف المال لأنه خلق عرضة

في المحيط، ولم يذكر فيها قول أبي يوسف مع محمد، وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد، لأن فخر الإسلام قال في الجامع: ولو كان وديعة عند حربي أو غصباً عند مسلم أو ذمي أو ضائعاً فهو فيء، وهذا قول أبي حنيفة، وقال: أبو يوسف ومحمد: لا يكون فيئاً. وكذا ذكر في شرح الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي وغيرهما **(لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بإسلامه فيتبعها ماله. وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالإسلام)** بل معه بسبب اندفاع شرّه به فإنما هو محرم التعرض في الأصل لكونه مكلفاً حمل الأمانة **(وإباحة التعرض)** كان **(بعارض شرّه)** فلما اندفع بالإسلام عاد الأصل **(بخلاف المال فإنه خلق عرضة للامتهان فكان محلاً للتملك)** في الأصل **(وليست في يده)** حال الغصب لا حقيقة ولا حكماً فليس في يد أحد **(فلم تثبت العصمة)** فكان مباحاً بخلاف ما لو كان في يد المسلم أو الذمي وديعة فإنه في يد مالكه حكماً مع الاحترام فلم يكن فيئاً وما تقدم من أن الملك يتم في دار الحرب بالقهر والغلبة كما ذكره أبو الليث يقتضي أن يزول ملكه إلى المسلم الغاصب وحينئذ لا يكون مباحاً، اللهم إلا أن يقتصر على نقصان الملك بسبب زوال اليد قوله: **(وليست في يده حكماً)** أنث على تأويل الأموال

[فروع] أسر العدو عبداً ثم أسلموا فهو لهم لأنه مال أسلموا عليه، ولو كان ذلك العبد جنى جناية أو أتلف متاعاً فلزمه قيمته بطلت الجناية، ولزم الدين لأن حق وليّ الجناية في رقبته ولا يبقى بعد زوال ملك المولى؛ ألا ترى أنه لو

الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد) وهو ليس بصحيح لأنه ليس بمذكور في السير الكبير بلفظ قالا، بل ليس لأبي يوسف فيه ذكر وبعضها وقع هكذا، وذكر قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رضي الله عنه وهو أيضاً ليس بصحيح لأن المذكور في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد وبعضها وقع هكذا فهو فيء عند أبي حنيفة، وقال محمد: لا يكون فيئاً. قال رضي الله عنه: كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير، وذكروا في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد، وهذا هو الصحيح المطابق لرواية السير الكبير وشرح الجامع الصغير **(لهما أن المال تابع للنفس)** لكونه وقاية لها **(والنفس صارت معصومة بالإسلام فيتبعها ماله فيها. ولأبي حنيفة أنه)** أي المال الذي غصبه المسلم أو الذمي من الحربي الذي أسلم **(مال مباح)** لأنه ليس بمعصوم لعدم الإحراز حقيقة وحكماً؛ أما حقيقة فظاهر، وأما حكماً فلأنه ليس في يد نائبة لكونه في يد الغاصب وهو ليس بنائب، بخلاف المودع وكل مال مباح يملك بالاستيلاء بلا خلاف. وقوله: **(والنفس لم تصر معصومة بإسلامه)** جواب عن قولهما وقد صارت معصومة بإسلامه. وتقريره: لا نسلم أنها صارت معصومة بإسلامه **(ألا ترى أنها ليست بمتقومة)** حتى لا يجب القصاص والدية على قاتله في دار الحرب. فإن قيل: لو لم تكن معصومة لما كانت محرّم التعرض كالحربي وليس كذلك. أجاب بقوله: **(إلا أنها محرم التعرض في الأصل)** يعني أن حرمة التعرض ليست لكونها معصومة، وإنما هي باعتبار أن النفس على الإطلاق محرم التعرض في الأصل لكونها مكلفة لتقوم بما كلفت به **(وإباحة التعرض)** إنما هي **(بعارض شره. وقد اندفع بالإسلام)** فعادت إلى أصلها لا باعتبار أنها معصومة **(بخلاف المال لأنه خلق عرضة للامتهان فكان محلاً للتملك)** فكان المقتضي موجوداً والمانع منتفياً لأن المانع كونه في يده حقيقة أو حكماً مع الاحترام، وهذا ليس في يده حكماً لأن يد الغاصب ليست بنائبة عن يد المالك فلم تثبت العصمة فيجعل كأنه ليس في يد أحد فكان فيئاً. قوله: **(وإذا خرج المسلمون)** ظاهر. وقوله: **(معناه إذا لم تقسم)** يعني الغنيمة. وقوله: **(اعتباراً بالمتلصص)** فإنه إذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير إذن الإمام فأخذوا شيئاً فهولهم، ولا يخمس لأنه ليس بغنيمة، إذ الغنيمة هو المأخوذ قهراً بإذن الإمام فهو مباح سبقت أيديهم إليه. قوله: **(وبعد القسمة**

قوله: **(لعدم الإحراز)** أقول: أي لعدم إحراز الحربي الذي أسلم قوله: **(وتقريره لا نسلم أنها صارت معصومة الخ)** أقول: الظاهر أن مرادهما معصومة النفس عن إثبات اليد، وظاهر أنه لا مجال لمنعه.

للامتهان فكان محلاً للتملك وليست في يده حكماً فلم تثبت العصمة **(وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها)** لأن الضرورة قد ارتفعت والإباحة باعتبارها، ولأن الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الإخراج إلى دار الإسلام **(ومن فضل معه علف أو طعام ردّه إلى الغنيمة)** معناه إذا لم تقسم. وعن الشافعي مثل قولنا. وعنه لا يرد اعتباراً بالمتلصص. ولنا أن الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت، بخلاف المتلصص لأنه كان أحق به قبل الإحراز فكذا بعده، وبعد القسمة تصدقوا به إن كانوا أغنياء، وانتفعوا به إن كانوا محاويج لأنه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين، وإن كانوا انتفعوا به بعد الإحراز ترد قيمته إلى المغنم إن كان لم يقسم، وإن قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الأصل فأخذ حكمه.

زال ملكه بالبيع أو الهبة لا يبقى فيه حق وليّ الجناية، فأما الدين ففي ذمته فلا يبطل عنه يتبدل الملك، وهذا لأن الدين شاغل لماليته، فإنما ملكه مشغولاً به. فلو اشتراه رجل منهم أو أصابه المسلمون في غنيمة: أي ولم يسلم مولاه فأخذه المولى بالقيمة أو الثمن فإن الجناية لا تبطل عنه لأنه يعيده إلى قديم ملكه، وحق ولي الجناية كان ثابتاً في قديم ملكه، ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال قوله: **(وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لأن الضرورة اندفعت، والإباحة)** التي كانت في دار الحرب إنما كانت **(باعتبارها، ولأن الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه، ولا كذلك قبل الإخراج، ومن فضل معه طعام أو علف يردّه إلى الغنيمة معناه إذا لم يكن قسم)** الغنيمة في دار الحرب بشرطه، ولو انتفع به قبل قسمتها بعد الإحراز يرد قيمته وهو قول مالك وأحمد والشافعي في قول: **(وعنه أنه لا يرده اعتباراً بالمتلصص)** وهو الواحد الداخل أو الاثنان إلى دار الحرب إذا أخذ شيئاً فأخرجه يختص به. قلنا: مال تعلق به حق الغانمين والاختصاص كان للحاجة وقد زالت، بخلاف المتلصص لأنه دائماً أحق به قبل الإخراج وبعده، وأما بعد القسمة فيتصدّقون بعينه إن كان قائماً وبقيمته إن كانوا باعوه. هذا إن كانوا أغنياء، وإن كانوا محاويج فقراء انتفعوا به إن كان قائماً **(لأنه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين)** لتفرقهم، وإن كانوا تصرفوا فيه فلا شيء عليهم، وعلى هذا قيمة ما انتفع به بعد الإحراز يتصدّق بها الغني لا الفقير **(لقيام القيمة مقام الأصل)** وأخذها حكمه.

تصدّقوا به) أي إذا جاءوا بما فضل من طعام أو علف أخذوا من الغنيمة بعد قسمة الإمام الغنيمة في دار الإسلام تصدّقوا به. ويقال رجل محوج: أي محتاج، وقوم محاويج. وقوله لتعذر الرد على الغانمين: يعني لتفرقهم. وقوله: **(فأخذ حكمه)** أي أخذت الغنيمة حكم الأصل، وإنما ذكر ضمير الغنيمة على تأويل ما يقوّم أو على تأويل المذكور: يعني لو كان فاضل الغنيمة الذي كان معه قائماً بعينه وهو فقير فقد حل له التناول منه فكذا يحل له التناول من قيمته لأن الغنيمة تقوم مقام الأصل.

فصل في كيفية القسمة

قال: (ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها) لقوله تعالى ﴿فإن لله خمسه﴾ استثنى الخمس (ويقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين) لأنه عليه الصلاة والسلام قسمها بين الغانمين (ثم للفارس سهمان وللراجل سهم) عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقالا: (للفارس ثلاثة أسهم) وهو قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه، لما روى ابن عمرو رضي الله تعالى عنه «أن النبي عليه الصلاة والسلام أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهماً» ولأن الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلاثة أمثال الراجل لأنه للكرّ والفرّ والثبات والراجل للثبات لا غير. ولأبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ما روى ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي عليه الصلاة والسلام أعطى للفارس سهمين والراجل سهماً» فتعارض فعلاه، فيرجع إلى قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام «للفارس سهمان وللراجل سهم» كيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله

فصل في كيفية القسمة

قيل لما بين أحكام الغنيمة شرع يبين قسمتها، ولا يخفى أن من أحكام الغنيمة وجوب قسمتها، وإنما أفرده بفصل على حدته لكثرة مباحثه وشعبه بالنسبة إلى غيره من الأحكام. والقسمة جعل النصيب الشائع محلاً معيناً قوله: (ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها) أي عن القسمة بين الغانمين (ويقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين) هذا قول القدوري. وقال المصنف لقوله تعالى ﴿فإن لله خمسه﴾ [الأنفال ٤١] استثنى الخمس) أي الله تعالى أخرج الخمس من أن يثبت حق الغانمين فيه فكان استثناء معنى للإخراج، وهو من استثنيت الشيء: أي زويته لنفسي، فهذا يرجع إلى قول الله تعالى لا قسمة الإمام بل الخمس داخل في قسمته، إذ حاصل بيان قسمتها هو أن يعطي خمسها لليتامى والمساكين وأبناء السبيل على ما سيأتي، ويعطى الأربعة الأخماس للغانمين (فعند أبي حنيفة) وزفر (للفارس سهمان وللراجل سهم وعندهما) وهو قول مالك والشافعي وأحمد وأكثر أهل العلم (للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم) لهم ما روي عن ابن عمر «أنه ﷺ جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهماً». لفظ البخاري وأخرجه الستة إلا النسائي. وفي مسلم عنه «قسم في النفل للفرس سهمين وللراجل سهماً» وفي رواية بإسقاط لفظ النفل. وفي رواية «أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم له

فصل في كيفية القسمة

لما بين أحكام الغنائم لا بد من بيان كيفية قسمتها، والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع في مكان معين (ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى ﴿فإن لله خمسه﴾ استثنى الخمس) أي أخرجه، استعار الاستثناء للإخراج لوجود معناه فيه (ويقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين) بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فلأن الله تعالى قال: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء﴾ أضاف الغنيمة إلى الغانمين وهم الغزاة، ثم قال تعالى ﴿فأن لله خمسه﴾ فكان بيان ضرورة أن بقية الأخماس للغزاة، وقد عرف ذلك في أصول الفقه. وأما السنة فلأن النبي ﷺ قسمها بين الغانمين، ولأن الأربعة الأخماس للغانمين بالإجماع فيقسم بينهم أيضاً إيصالاً للحق إلى مستحقه. ثم كيفية القسمة أن يعطى الفارس سهمين والراجل سهماً (عند أبي حنيفة رضي الله عنه. وقالا: وهو قول الشافعي رضي الله عنه للفارس: ثلاثة أسهم) ورووا في ذلك ما ذكر في الكتاب والغناء بالمد والفتح الإجزاء والكفاية والكرّ الحملة والفرّ بمعنى الفرار، والفرار إذا كان لأجل أن يكون الكر أشد كان من الجهاد، والفرار في موضعه محمود

فصل في كيفية القسمة

قوله: (ثم قال ﴿فأن لله خمسه﴾ فكان بيان ضرورة أن بقية الأخماس للغزاة) أقول: كقوله تعالى ﴿وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾ قوله: (ولأن الأربعة الأخماس للغانمين بالإجماع) أقول: في العبارة مسامحة، وكان الظاهر أن يقول: وأما الإجماع فلأن الخ.

تعالى عنهما «أن النبي عليه الصلاة والسلام قسم للفارس سهمين» وإذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره، ولأن الكرّ والفرّ من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته

وسهمان لفرسه»[1] وهذه الألفاظ كلها تبطل قول من أوّل من الشراح كون المراد من الرجال الرجالة ومن الخيل الفرسان، بل في بعض الألفاظ القائلة «قسم خيبر على ثمانية عشر سهماً، وكانت الرجالة ألفاً وأربعمائة والخيل مائتين»[2] وعن ابن عباس مثله[3] (ولأن الاستحقاق بالغناء) وهو بالمد والفتح الإجزاء والكفاية (وغناء الفارس الكرّ) أي الحملة على الأعداء (والفرّ) الكائن للكرّة أو للنجاة في موضع يجوز الفرار، وهو ما إذا علم أنه مقتول إن لم يفرّ كي لا يرتكب المنهي عنه في قوله تعالى ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾ [البقرة ١٩٥] (والثبات وليس للراجل إلا الثبات) فأغني في ثلاثة أمور والراجل في واحد منها. واستدل المصنف لأبي حنيفة بحديث ابن عباس «أنه عليه الصلاة والسلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهماً»[4] وهو غريب من حديث ابن عباس، بل الذي رواه إسحاق بن راهويه في

لئلا يرتكب المنهي المذكور في قوله تعالى ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾ (ولأبي حنيفة رضي الله عنه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما) وهو ظاهر، ولكن طريقة استدلاله مخالفة لقواعد الأصول، فإن الأصل أن الدليلين إذا تعارضا وتعذر التوفيق والترجيح يصار إلى ما بعده لا إلى ما قبله وهو قوله فتعارض فعلاه فيرجع إلى قوله والمسلك المعهود في مثله أن يستدل بقوله فيعمل بها: يعني رواية ابن عباس. وقوله: (فيكون غناؤه مثل غناء الرجل) لأن نفس الفرار ليس بمحمود، بل الفرار إنما يحسن

قوله: (والمسلك المعهود) أقول: الواو حالية. قال المصنف: (فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل الخ) أقول: قال الزيلعي: مع أنا نمنع أن زيادة الغناء تستحق به الزيادة؛ ألا يرى أن الشاكي بالسلاح أكثر غناء من الأعزل ومع هذا لا تستحق به الزيادة، ولأن الفرس تبع فلا يزيد سهمه على الأصل، وما رووه محمول على التنفيل كما روي «أنه عليه الصلاة والسلام أعطى سلمة بن الأكوع رضي الله تعالى عنه سهم الفارس والراجل» وهو كان راجلاً أجيراً لطلحة، والأجير لا يستحق سهماً من الغنيمة، وإنما أعطاه رضخاً لجده في القتال. وقال: «خير رجالتنا سلمة بن الأكوع، وخير فرساننا أبو قتادة» اهـ. فيه بحث إن شئت فانظر إلى شرح الإتقاني حيث قال: فإن قلت السوقي من أهل سوق العسكر، والأجير لخدمة الغازي لا سهم لهما إذا لم يقاتلا كالعبد، ثم إذا قاتلا يسهم لهم كما يسهم لسائر الغزاة، والعبد إذا قاتل لا يسهم له بل يرضخ فما الفرق؟ قلت: إن العبد تبع فانحط رتبة بخلافهما حين القتال لأنه لا تبعية حينئذٍ بل هما كسائر الغزاة ولهذا سقط أجرة زمان القتال مع العدو عن المستأجر اهـ. قال الزيلعي: الأجير لا يسهم له لأنه دخل لخدمة المستأجر ولا يجمع له أجر ونصيب في الغنيمة اهـ قوله: (لأن نفس الفرار الخ) أقول: كأن فيه إشارة إلى جواب قوله والفرار في موضعه محمود الخ، فإنه ممنوع، ولا نسلم استلزام تركه ارتكاب النهي، وكيف وقد وقع من الصحابة رضي الله عنهم.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٨٦٣ و ٤٢٢٨ ومسلم ١٧٦٢ وأبو داود ٢٧٣٣ والترمذي ١٥٥٤ والدارمي ٢/ ٢٢٥ ـ ٢٢٦ وابن ماجه ٢٨٥٤ وابن الجارود ١٠٨٤ وسعيد بن منصور ٢٧٦٠ و ٢٧٦٢ وابن أبي شيبة ١٢/ ٣٩٦ ـ ٢٩٧ وأحمد ٢/ ٦٢ ـ ٧٢ ـ ٨٠ والدارقطني و ٤٨١١ و ٤٨١٢ والبغوي ٢٧٢٢ وعبد الرزاق ٩٣٢٠ والبيهقي ٦/ ٣٢٥ من طرق كثيرة كلهم من حديث ابن عمر مع تغير يسير في ألفاظهم وقد بينها المصنف ابن الهمام رحمة الله عليه.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٣٠١٥ من حديث مجمع بن جارية بأتم منه وفيه: «وكان الجيش ألفاً وخمسمائة فيهم ثلاثمائة فارس، فأعطى الفارس سهمين، وأعطى الراجل سهماً».
وإسناده حسن. فيه مُجمِّع بن جارية الأنصاري صدوق كما في التقريب اهـ.

(٣) حسن. رواه إسحق في مسنده كما في نصب الراية ٣/ ٤١٤ و ٤١٥ من طريق الحجاج عن أبي صالح عن ابن عباس: «أسهم رسول الله ﷺ للفارس ثلاثة أسهم، وللراجل سهماً» والحجاج واه، وهو ابن أرطاة ورواه إسحق من وجه آخر عن ابن عباس، وفيه: «سهمان لفرسه، وسهماً لصاحبه».
وفيه ابن أبي ليلى صدوق شيء الحفظ كما في التقريب. لكن تابعه الحجاج فالخبر حسن إن شاء الله تعالى، وله شواهد تقدمت فقول المصنف: وعن ابن عباس مثله يعود على ما رواه الجماعة لا على حديث ابن عمر لأنه حديث ابن عمر مختلف عن حديث ابن عباس، ثم إن ابن الهمام لم يكمل حديث ابن عمر لأنه لم يرد الاستشهاد بتمامه. والله أعلم.

(٤) غريب بهذا اللفظ من حديث ابن عباس. كذ قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤١٦ ووافقه ابن الهمام وكذا ابن حجر في الدراية ٢/ ١٣٢ فقال: لم أجده بل روى إسحق عن ابن عباس خلافه اهـ.

فيدار الحكم على سبب ظاهر، وللفارس سببان النفس والفرس، وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه.

مسنده قال: حدثنا محمد بن الفضل بن غزوان، حدثنا الحجاج عن أبي صالح عن ابن عباس قال: «أسهم رسول الله ﷺ للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهماً». وأخرجه أيضاً من طريق ابن أبي ليلى عن الحكم عن ابن عباس[(١)]، وعن ابن عباس نحوه في حديث الخمس[(٢)] برواية غير واحد من الأئمة، لكن في هذا الباب أحاديث: منها ما في أبي داود عن مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الأنصاري قال: قال سمعت أبي يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد الأنصاري عن عمه مجمع بن جارية الأنصاري، وكان أحد القراء الذين قرءوا القرآن، قال: «شهدنا الحديبية مع رسول الله ﷺ، فلما انصرفنا عنها إذ الناس يهزون الأباعر، فقال بعض الناس لبعض: ما للناس؟ قالوا: أوحى إلى رسول الله ﷺ، فخرجنا مع الناس نوجف، فوجدنا النبيّ ﷺ واقفاً على راحلته عند كراع الغميم، فلما اجتمع عليه الناس قرآ عليهم ﴿إنا فتحنا لك فتحاً مبيناً﴾ [الفتح ١] فقال رجل: يا رسول الله أفتح هو؟ قال نعم، والذي نفس محمد بيده إنه لفتح، فقسمت خيبر على أهل الحديبية، فقسمها رسول الله ﷺ على ثمانية عشر سهماً، وكان الجيش ألفاً وخمسمائة فيهم ثلاثمائة فارس، فأعطي الفارس سهمين وأعطي الراجل سهماً» قال أبو داود: وهذا وهم «وإنما كانوا مائتي فارس فأعطى الفرس سهمين وأعطى صاحبه سهماً» وقال الشافعي: إنما قال: «فأعطى الفرس سهمين وأعطى الرجل»[(٣)] يعني صاحبه، فغلط الراوي عنه. وأعله ابن القطان بالجهل بحال يعقوب. وأما ابنه مجمع الراوي عنه فثقة. ومنها ما في معجم الطبراني عن المقداد بن عمرو «أنه كان يوم بدر على فرس يقال له سبحة، فأسهم له النبي ﷺ سهمين لفرسه سهم واحد وله سهم»[(٤)]. وفي سنده الواقدي. وأخرج الواقدي أيضاً في المغازي عن جعفر بن خارجة قال: قال الزبير بن العوام: «شهدت بني قريظة فارساً فضرب لي بسهم ولفرسي بسهم» وأخرج ابن مردويه في تفسيره: حدثنا أحمد بن محمد بن السري، حدثنا المنذر بن محمد، حدثني أبي، حدثنا يحيى بن محمد بن هانيء عن محمد بن إسحاق قال: حدثنا محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة قالت: «أصاب رسول الله ﷺ سبايا بني المصطلق، فأخرج

. . . .

---

(١) تقدم قبل حديث واحد. مع ذكر لفظه بروايتيه، وهو حسن بمجموع طريقيه.

(٢) يسير المصنف لما أخرجه الطبراني في معجمه كما في المجمع ٥/ ٣٤٠ وكذا ابن مردويه كما في نصب الراية ٣/ ٤١٢ كلاهما عن ابن عباس في تقسيم الغنائم وفيه: «ثم جعل - أي رسول الله ﷺ - للفرس سهمان، ولراكبه سهم، وللراجل سهم».

قال الهيثمي: فيه نهشل بن سعيد متروك اهـ. لكن ذكر الزيلعي له فرقاً أخرىٰ انظر نصب الراية ٣/ ٤١٢.

(٣) حسن غريب. أخرجه أبو داود ٢٧٣٦ والحاكم ٢/ ١٣١ والدارقطني ٤/ ١٠٥ . ١٠٦ وأحمد ٣/ ٤٢٠ والبيهقي ٦/ ٣٢٥ . ٣٢٦ كلهم من حديث مجمع بن جارية الأنصاري.

وقال أبو داود: حديث ابن عمر - أي كونه ﷺ أعطىٰ للفارس ثلاثة أسهم، وللراجل سهم - أصح والعمل عليه. وأرىٰ الوهم في حديث مجمع أنه قال: ثلاثمائة فارس، وكانوا مائتي فارس اهـ.

وقال الحاكم: هذا حديث كبير صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي.

وقال البيهقي: مجمع بن يعقوب شيخ لا يُعرف، فأخذنا بحديث ابن عمر، ولا يجوز رد خبر إلا بخبر مثله اهـ.

ونقل الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤١٧ عن ابن القطان قوله: علة الحديث الجهل بحال يعقوب بن مجمع، ولا يعرف روىٰ عنه غير ابنه اهـ ونقل الزيلعي عن الحاكم أنه سكت على الحديث.

قلت: وقد صححه كما ترىٰ فلعله سقط من نسخته والله أعلم وقال الحافظ في التقريب في ترجمة يعقوب بن مُجمِّع: مقبول.

قلت: لكن هذا الحديث لا يقاوم حديث ابن عمر الذي رواه الجماعة، وغيرهم من طرق، وقد تقدم قبل خمسة أحاديث.

(٤) ضعيف. رواه الطبراني كما في المجمع ٥/ ٣٤٢ من حديث المقداد بن عمرو بهذا اللفظ.

وقال الهيثمي: فيه الواقدي ضعيف اهـ. وأما رواية الواقدي الآتية عن الزبير ففيها انقطاع. مع ضعف الواقدي.

وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٢٣: وقد جاء عن الزبير خلافه.

قلت: يشير لما أخرجه أحمد ١/ ١٦٦ بسند لا بأس عن الزبير أن النبي ﷺ أعطاه سهماً، وأمه سهماً، وفرسه سهمين.

. . . .

الخمس منها ثم قسمها بين المسلمين، فأعطى الفارس سهمين والراجل سهماً»(١) ومنها حديث ابن عمر الذي عارض به المصنف. رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا أبو أسامة وابن نمير قالا: حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ جعل للفارس سهمين وللراجل سهماً»(٢) اهـ. ومن طريقه رواه الدارقطني وقال: قال أبو بكر النيسابوري: هذا عندي وهم من ابن أبي شيبة، لأن أحمد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا، وكذا رواه ابن كرامة وغيره عن أبي أسامة خلاف هذا: يعني أنه أسهم للفارس ثلاثة أسهم، ثم أخرجه عن نعيم بن حماد: حدثنا ابن المبارك عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبيّ ﷺ «أنه أسهم للفارس سهمين وللراجل سهماً»(٣) ولا شك أن نعيماً ثقة وابن المبارك من أثبت الناس. وأخرجه أيضاً عن يونس بن عبد الأعلى: حدثنا ابن وهب أخبرني عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ كان يسهم للخيل للفارس سهمين وللراجل سهماً»(٤) قال: وتابعه ابن أبي مريم وخالد بن عبد الرحمن عن عبد الله بن عمر العمري. ورواه القعنبي عن العمري بالشك في الفارس أو الفرس، ثم أخرجه عن حجاج بن منهال: حدثنا حماد بن سلمة، حدثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر «أن النبي ﷺ قسم للفارس سهمين وللراجل سهماً»(٥) وخالفه النضر بن محمد عن حماد. وممن روى حديث عبيدالله متعارضاً الكرخي، لكن رواية السهمين عنه أثبت. وروى الدارقطني أيضاً في كتابه [المؤتلف والمختلف] حدثنا عبدالله بن محمد بن إسحاق المروزى ومحمد بن علي بن أبي روية قالا: حدثنا أحمد بن عبد الجبار، حدثنا يونس بن بكير عن عبد الرحمن بن أمين عن ابن عمر «أن النبي ﷺ كان يقسم للفارس سهمين وللراجل سهماً»(٦). وإذا ثبت التعارض في حديث ابن عمر بل في فعله عليه الصلاة والسلام مطلقاً نظراً إلى تعارض رواية غير

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن مردويه في تفسيره في سورة الأنفال كما في نصب الراية ٣/ ٤١٧ من حديث عائشة وسكت عليه الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤١٧ وكذا ابن حجر في الدراية ٢/ ١٢٣ مع أن في إسناده يحيى بن محمد بن هانىء. قال عنه في التقريب: ضعيف وكان ضريراً يتلقن.

(٢) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٠٦ من طريق ابن أبي شيبة بسنده عن ابن عمر.
وقال الدارقطني: قال أبو بكر النيسابوري هذا عندي وهم من ابن أبي شيبة لأن أحمد بن حنبل، وعبد الرحمن ابن بشر وغيرهما رووا عن ابن نُمير خلاف هذا.

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٠٦ بسنده عن ابن عمر
وقال: قال النيسابوري: لعل الوهم من نُعيم بن حماد لأن ابن المبارك من أثبت الناس اهـ. قال ابن الهمام: ولا شك أن نُعيماً ثقة اهـ.
قلت: نعم ثقة إلا أنه أخطأ في أحاديث لذا قال الحافظ في التقريب: صدوق يخطىء كثيراً اهـ. وفي الميزان ما ملخصه: وثقه أحمد ويحيى على لين في حديثه. قال أبو داود: كان عند نُعيم عشرين حديثاً لا أصل لها وقال النسائي: ضعيف كثر تفرده عن الأئمة، فصار في حد من لا يحتج به اهـ.

(٤) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٠٦ من حديث ابن عمر وفي إسناده عبد الله بن عمر ضعيف، ويقال له العمري. وأخوه عبيد الله بالتصغير ثقة ثبت.
تنبيه: وقد وقع في الأصل: عن عبيد الله عن نافع به. ولو كان كذلك لكان صحيحاً إلا أنه في الدارقطني، والزيلعي عن عبد الله العمري، وهو واهٍ كما ذكرت.

(٥) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٠٧ من حديث ابن عمر. وقال الدارقطني: خالف النضرُ بن محمد الحجاج بن منهال وفيه: «للفارس سهم، وللفرس سهمان» اهـ انظر الدارقطني ٤/ ١٠٤ وقد خالف أيضاً جماعة من الحفاظ ابن منهال فيه، فالخبر الذي رواه عن حماد واهٍ.

(٦) منكر. أخرجه الدارقطني في المؤتلف والمختلف كما في نصب الراية ٣/ ٤١٨ عن ابن عمر مرفوعاً به وسكت عليه الزيلعي! وكذا ابن حجر في الدراية ٢/ ١٢٤!
مع أن في إسناده عبد الرحمن بن آمين المدني قال عنه أبو حاتم في الجرح والتعديل فيما نقله ابنه: هو منكر الحديث لا يشبه حديثه حديث الثقات، ونقل ذلك الذهبي في المغني والميزان.
وفيه أيضاً يونس بن بكير يخطىء كذا قال الحافظ في التقريب.
تنبيه: وقع في الأصل: عبد الرحمن بن أمين اهـ ذكره تبعاً للزيلعي. وصوابه بالمد: آمين كذا في الجرح لأبي حاتم والميزان والمغني.
قوله: وإذا ثبت التعارض... الخ.
جوابه: لا تعارض لأن هذه الروايات واهية منكرة لا تساوي رواية عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر التي رواها الجماعة، وغيرهم كما تقدم، وله شواهد كثيرة ستأتي

(ولا يسهم إلا لفرس واحد) وقال أبو يوسف: يسهم لفرسين، لما روي «أن النبي ﷺ أسهم لفرسين» ولأن الواحد قد

اثنان للفارس وللراجل أحدهما فله ضعف ماله، ولأن الزيادة ليست إلا بالزيادة في الغناء ضرورة وإن تعذر معرفة الزيادة في القتال حقيقة، لأن كم من راجل أنفع فيه من راجل وفارس من فارس، ولا يستنكر زيادة إغناء راجل عن فارس، فإنما **(يدار الحكم على سبب ظاهر، وللفارس سببان)** في الغناء بنفسه وفرسه **(وللراجل نفسه فقط)** فكان على ابن عمر أيضاً ترجح النفي بالأصل وهو عدم الوجوب، وبالمعنى وهو **(أن الكرّ والفرّ جنس واحد)** والثبات جنس فهما النصف. وقول المصنف: **(وإذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره)** يريد ابن عباس[1] وعلمت ما فيه. فإن قيل: المعارضة الموجبة للترك فرع المساواة، وحديث ابن عمر في البخاري فهو أصح[2]. قلنا: قدمنا غير مرة أن كون الحديث في كتاب البخاري أصح من حديث آخر في غيره مع فرض أن رجاله رجال الصحيح أو رجال روى عنهم البخاري تحكم محض لأنا نقول به، مع أن الجمع وإن كان أحدهما أقوى من الآخر أولى من إبطال أحدهما، وذلك فيما قلنا يحمل رواية ابن عمر على التنفيل فكان إعمالهما أولى من إهمال أحدهما بعد كونه سنداً صحيحاً على ما ذكرت من حديث ابن المبارك ويونس بن عبد الأعلى وذكرنا من تابعه[3]. وأما قوله تعارض فعلاه فيرجع إلى قوله: يعني قوله للفارس سهمان وللراجل سهم وهو غير معروف[4] وخطىء من عزاه لابن أبي شيبة، ثم هو وزان ما تقدم له في سجود السهو من قوله فتعارضت روايتا فعله وبقي التمسك بقوله وعلم ما تقدم هناك من أنه يفيد أن المصير أوّلاً إلى الفعل، فإذا تعذر التمسك به حينئذ يصار إلى القول وليس كذلك. هذا، واعلم أن مخارج حديث الثلاثة أكثر[5]، فإنه روى من حديث ابن عمر[6] وأخرجه أبو داود من حديث ابن أبي عمرة عن أبيه[7] والطبراني من حديث أبي رهم وهو مختلف في صحبته[8]، وأخرجه أيضاً من حديث أبي كبشة الأنماري[9] والبزار من حديث المقداد[10]، وأخرجه

ويقول فعله لا يعارض قوله لكون القول أقوى بالاتفاق وقوله: **(وإذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره)** أي سلمت عن المعارضة

---

(١) لا أصل له. مراده حديث ابن عباس الذي أورده صاحب الهداية قبل قليل ولفظه: «أن النبي ﷺ أعطى الفارس سهمين، والراجل سهماً».
وأجاب عنه الزيلعي في نصب الراية ٣/٤١٦ بقوله: غريب من حديث ابن عباس اهـ ووافقه الكمال بقوله: قد علمت ما فيه اهـ. وقال الحافظ في الدراية ٧١٩: لم أجده بل ورد عن ابن عباس خلافه.
قلت: لكن ذكر الزيلعي وكذا ابن حجر وابن الهمام حديث المجمّع بن جارية بدلاً عن ابن عباس، وتقدم قبل بضعة أحاديث وإسناده غير قوي.

(٢) صحيح في غاية الصحة تقدم في أول هذا الفصل مستوفياً.

(٣) تقدم قبل قليل بيان علة هذه الروايات، والمتابعات.

(٤) لا يوجد. أورده صاحب الهداية مرفوعاً قولاً فقال الزيلعي في نصب الراية ٣/٤١٧: غريب جداً وأخطأ من عزاه لابن أبي شيبة اهـ. ووافقه الكمال كما ترى وقال ابن حجر في الدراية ٧٢٠: لم أجده من قوله ﷺ

(٥) أي طرق من الثلاثة أسهم. للرجل سهم، ولفرسه سهمان. وسيذكر المصنف هذه الأحاديث.

(٦) أما حديث ابن عمر، فرواه الجماعة في أول هذا الفصل وقد تقدم تخريجه.

(٧) حسن. أخرجه أبو داود ٢٧٣٤ وأحمد ٤/١٣٨ كلاهما من حديث أبي عمرة، وإسناده غير قوي. فيه المسعودي اختلط، وكرره أبو داود ٢٧٣٥ من حديث أبي عمرة، وفيه المسعودي أيضاً لكن له شواهد، فهو حسن إن شاء الله تعالى.

(٨) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/١٠١ والبيهقي ٦/٣٢٦ والطبراني كما في المجمع ٥/٣٤٢ كلهم من حديث أبي رهم قال الهيثمي: فيه إسحق بن أبي فروة متروك.
قلت: توبع إسحق في رواية ثانية للدارقطني لكن قال الزيلعي في نصب الراية ٣/٤١٤. قال في التنقيح. ابن عبد الهادي. فيه قيس ضعفه غيره واحد، وأبو رهم مختلف في صحبته.

(٩) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/١٠١ والطبراني كما في المجمع ٥/٣٤٢ كلاهما من حديث أبي كبشة الأنماري وقال الهيثمي: فيه الحبراني ضعفه الجمهور، ووثقه ابن حبان

(١٠) حسن. أخرجه الدارقطني ٤/١٠٢. ١٠٣ من طرق وكذا البزار كما في نصب الراية ٣/٤١٤ كلاهما من حديث المقداد. ومداره على موسى بن يعقوب وذكر الزيلعي: أن في إسناده موسى بن يعقوب فيه ليس اهـ وقال الحافظ عنه في التقريب: صدوق سيىء الحفظ اهـ. فالحديث حسن لشواهده.

. . . .

إسحاق بن راهويه من حديث ابن عباس [١] ، وكذا الطبراني وأبو عبيد القاسم بن سلام، وأخرجه أحمد عن المنذر بن الزبير بن العوام عن الزبير [٢] والدارقطني عن عبد الله بن الزبير عن الزبير [٣] ، وأخرجه الدارقطني أيضاً من حديث جابر [٤]، وأخرجه أيضاً من حديث أبي هريرة [٥] ، وأخرجه أيضاً من حديث سهل بن أبي حثمة [٦] . وهي مع أنها لم تسلم من المقال منها مالا ينافي قول أبي حنيفة لأنك قد علمت أن رواية الثلاثة محمولة على التنفيل في تلك الوقعة. ونص حديث ابن أبي عمرة: «أتينا رسول الله ﷺ أربعة نفر ومعنا فرس» [٧] لا ينافيه، وكذا حديث أحمد «أنه عليه الصلاة والسلام أعطى الزبير سهماً وفرسه سهمين» [٨] وكذا حديث جابر فإنه قال: «شهدت مع رسول الله ﷺ غزاة فأعطى الفارس منا ثلاثة أسهم وأعطى الراجل سهماً» [٩] بل هذا ظاهر في أنه ليس أمره المستمر وإلا لقال كان عليه الصلاة والسلام أو قضى عليه الصلاة والسلام ونحوه، فلما قال غزاة وقد علم أنه شهد مع النبي ﷺ غزوات ثم خص هذا الفعل بغزاة منها كان ظاهراً في أن غيرها لم يكن كذلك. نعم في رواية الدارقطني لحديث الزبير «أعطاني يوم بدر» وفي رواية له أخرى عنه «يوم خيبر» ولا تنافي، إذ جاز كونه قسم له ذلك فيهما. وما في حديث سهل بن أبي حثمة «أنه شهد حنيناً فأسهم لفرسه سهمين وله سهماً» [١٠] . وفي حديث عبدالله بن أبي بكر بن حزم من طريق ابن إسحاق في غزوة بني قريظة «أنه عليه الصلاة والسلام جعل للفارس وفرسه ثلاثة أسهم، له سهم ولفرسه سهمان» [١١] لا يقتضي أن ذلك مستمر منه عليه الصلاة والسلام. وقد بقي حديث بني المصطلق عن عائشة [١٢]، وتقدم ما يعارض حديث بني قريظة هذا. وأما حديث أبي كبشة عن النبي ﷺ قال «إني جعلت للفرس سهمين وللفارس سهماً» [١٣] فمن نقصهما نقصه الله تعالى، فلم يصح لأنه رواية محمد بن عمران القيسي أكثر الناس على تضعيفه وتوهينه قوله: (ولا يسهم إلا لفرس واحد) أي إذا دخل دار الحرب بفرسين أو أكثر، وهذا قول مالك والشافعي وقال: (أبو يوسف) وهو قول أحمد (يسهم لفرسين) فيعطى خمسة أسهم، سهم له وأربعة أسهم لفرسيه. ولم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية عن أبي يوسف، وإنما هو في رواية الإملاء عنه. واستدل المصنف لذلك بما روى (أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين)

. . . .

(١) تقدم تخريجه في أول الباب وفيه ضعف لكن جاء من طريقين فهو حسن وانظر نصب الراية ٣/ ٤١٢.

(٢) حسن. أخرجه أحمد ١/ ١٦٦ والدارقطني ٤/ ١١٠ ـ ١١١ كلاهما من حديث الزبير، وإسناده حسن لشواهده ومنها الآتي.

(٣) حسن. أخرجه الطحاوي ٢/ ١٦٧ والدارقطني ٤/ ١١١ والبيهقي ٦/ ٣٢٦ كلهم من حديث ابن الزبير، وإسناده حسن رجاله كلهم ثقات.

(٤) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٠٥ من حديث جابر قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤١٥: فيه محمد بن يزيد بن سنان هو وأبوه ضعيفان.

(٥) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٤/ ١١١ من حديث أبي هريرة وفي إسناده الواقدي واهٍ.

(٦) واهٍ. أخرجه الدارقطني ٤/ ١١١ من حديث سهل بن أبي حثمة. وقال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤١٥: فيه الواقدي مجروح.

(٧) تقدم قبل تسعة أحاديث.

(٨) تقدم قبل خمسة أحاديث من رواية الزبير بن العوّام نفسه وإسناده لشاهده كما تقدم.

(٩) تقدم قبل أربعة أحاديث.

(١٠) تقدم قبل ثلاثة أحاديث، وإسناده واهٍ.

(١١) مرسل حسن. أخرجه البيهقي ٦/ ٣٢٦ وكذا في الدلائل كما في نصب الراية ٣/ ٤١٦ من رواية ابن إسحق حدثني عبد الله بن أبي بكر بن حزم فذكره.

ونقل الزيلعي عن البيهقي في الدلائل قوله: هذا هو الصحيح المعروف بين أهل المغازي اهـ.

أي كون الفارس له ثلاثة أسهم مع فرسه، والراجل سهم فقط.

قلت: والخبر مرسل لكن اعتمد البيهقي على شواهده

(١٢) تقدم في ٣/ ٤٩٤ وإسناده واهٍ.

(١٣) تقدم قبل ثلاثة عشر حديثاً، وإسناده ضعيف فيه: القيسي غير قوي، وفيه الحبران عبد الله بن بشربه أعله الهيثمي كما تقدم.

يعيا فيحتاج إلى الآخر. ولهما «أن البراء بن أوس قاد فرسين فلم يسهم رسول الله ﷺ إلا لفرس واحد» ولأن القتال لا

وهذا روي من حديث أبي عمرة عن بشير بن عمرو بن محصن قال: «أسهم رسول الله ﷺ لفرسيّ أربعة أسهم فأخذت خمسة أسهم»[١] رواه الدارقطني. ومن حديث الزبير أخرجه عبد الرزاق: أخبرنا إبراهيم بن يحيى الأسلمي، أخبرنا صالح بن محمد عن مكحول «أن الزبير حضر خيبر بفرسين، فأعطاه النبيّ ﷺ خمسة أسهم»[٢]، وهذا منقطع، وقد قبله الأوزاعي عن مكحول منقطعاً وقال به.

وقال الشافعي في دفعه: وهشام أثبت في حديث أبيه، إلى أن قال: وأهل المغازي لم يرووا أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين، ولم يختلفوا أنه يعني النبي عليه الصلاة والسلام حضر خيبر بثلاثة أفراس السكب والضرب والمرجز، ولم يأخذ إلا لفرس واحد انتهى[٣]. يريد بحديث هشام ما تقدم عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن الزبير عن الزبير رضي الله عنهم قال: «أعطاني رسول الله ﷺ يوم بدر أربعة أسهم سهمين لفرسي وسهماً لي وسهماً لأمي من ذوي القربى». ومن رواية هشام بن عروة أيضاً عن يحيى بن عباد عن عبد الله بن الزبير عن جدّه قال: «ضرب رسول الله ﷺ عام خيبر للزبير بن العوام بأربعة أسهم: سهم له وسهم لأمه صفية بنت عبد المطلب وسهمين لفرسه»[٤] وهذا أحسن إلا أن قوله أهل المغازي لم يرووا أنه أسهم لفرسين ليس كذلك. قال الواقدي في المغازي: حدثنا عبد الملك ين يحيى عن عيسى بن معمر قال: «كان مع الزبير يوم خيبر فرسان، فأسهم له النبي ﷺ خمسة أسهم» وقال أيضاً: حدثني يعقوب بن محمد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن أبي صعصعة عن الحرث بن عبد الله بن كعب «أن النبي ﷺ قاد في خيبر ثلاثة أفراس لزاز والضرب والسكب» وقاد الزبير بن العوام أفراساً، وقاد خراش بن الصمة فرسين، وقاد البراء بن أوس فرسين. وقاد أبو عمرة الأنصاري فرسين، فأسهم عليه الصلاة والسلام لكل من كان له فرسان خمسة أسهم أربعة لفرسيه وسهماً له وما كان أكثر من فرسين لم يسهم له، ويقال إنه لم يسهم إلا لفرس واحد، وأثبت ذلك أنه أسهم لفرس واحد ولم يسمع أنه ﷺ أسهم لنفسه إلا لفرس واحد. إلى هنا كلام الواقدي مع اختصاره[٥]. وقال سعيد بن منصور: حدثنا فرج بن فضالة، حدثنا محمد بن الوليد الزبيري عن الزهري أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى أبي عبيدة بن الجراح أن أسهم للفرس سهمين وللفرسين أربعة أسهم ولصاحبهما سهماً فذلك خمسة أسهم، وما كان فوق الفرسين فهو جنائب. وقال سعيد أيضاً؛ حدثنا ابن عياش عن الأوزاعي «أن رسول الله ﷺ كان يسهم للخيل وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين». وأما ما ذكره المصنف عن البراء بن أوس أنه قاد فرسين فلم يسهم له رسول الله ﷺ إلا لفرس واحد فغريب، بل جاء عنه عكسه كما ذكرناه عن الواقدي رحمه الله، وذكره ابن منده في كتاب الصحابة قال: روى محمد بن علي بن قرين عن محمد بن عمر المدني عن يعقوب بن محمد بن صعصعة عن عبدالله بن

إذا فعل لأجل الكرّ، فيكونان من جنس واحد (ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته) يعني قد يزيد الفارس على فارس آخر والراجل على راجل آخر في الغناء، والوقوف على تلك الزيادة متعذر لأنها تظهر عند المسايفة وكل منهم مشغول بروحه، وإذا كان متعذراً وله سبب ظاهر أدير الحكم عليه (وللفارس سببان نفسه والفرس، وللراجل سبب واحد) وهو نفسه (فكان استحقاق الفارس على ضعفه) قوله: (ولا يسهم إلا لفرس واحد) واضح. وحاصل الدليلين وقوع التعارض بين روايتي فعله ﷺ والرجوع

---

(١) ضعيف أخرجه الدارقطني ٤/ ١٠٤ من حديث أبي عمرة بشير بن عمرو بن محصن الأنصاري وفيه عبد الرحمن بن أبي عمرة شبه مجهول.

(٢) مرسل. أخرجه البيهقي ٩/ ٥٢ عن مكحول مرسلاً وكذا عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٣/ ٤١٨ ونقل البيهقي عن الشافعي أنه منقطع، وقد قبله الأوزاعي مع أن هشام بن عروة أحرص على هذا الخبر لو زيد للزبير لفرسيه.

(٣) إلى هنا كلام الشافعي فيما نقله البيهقي في المتقدم.

(٤) تقدم تخريجه من طريقيه، وإسناده حسن في ٦ . ٧/ ٤٩٦

(٥) ذكر روايات الواقدي هذه الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤١٩ لكن الواقدي واهٍ بل اتهمه بعضهم راجع ميزان الذهبي.

يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضياً إلى القتال عليهما فيسهم لواحد، ولهذا لا يسهم لثلاثة أفراس، وما رواه محمول على التنفيل كما أعطى سلمة بن الأكوع سهمين وهو راجل (والبراذين والعتاق سواء) لأن الإرهاب مضاف إلى جنس الخيل في الكتاب، قال الله تعالى ﴿ومن رباط الخيل ترهبون به عدوّ الله وعدوّكم﴾ واسم

أبي صعصعة عن البراء بن أوس «أنه قاد مع النبيّ ﷺ فرسين فضرب له خمسة أسهم»[١] إلا أن هذه غرائب. وقال مالك في الموطإ: لم أسمع بالقسم إلا لفرس واحد[٢] واستمر المصنف على طريقة حمل الزائد على التنفيل. قال: (كما أعطى سلمة بن الأكوع سهمين وهو راجل) حديثه في مسلم قال: قدمنا المدينة فساق الحديث بطوله، إلى أن قال: فلما أصبحنا قال عليه الصلاة والسلام: «خير فرساننا اليوم أبو قتادة، وخير رجالتنا سلمة بن الأكوع، ثم أعطاني سهمين سهم الفارس وسهم الراجل. فجمعهما لي جميعاً. ورواه ابن حبان قال: وكان سلمة بن الأكوع في تلك الغزاة راجلاً فأعطاه من خمسه عليه الصلاة والسلام لا من سهمان المسلمين[٣]. ورواه القاسم بن سلام وقال: كان سلمة قد استنقذ لقاح النبيّ ﷺ، قال ابن مهدي: فحدثت به سفيان فقال: خاص بالنبي ﷺ. قال القاسم: وهذا عندي أولى من حمله على أنه أعطاه من سهمه وإلا لم يسمّ نفلاً بل هبة[٤]. وخبر سلمة واللقاح مفصل في السيرة[٥] قوله: (والبراذين) وهي خيل العجم واحدها برذون (والعتاق) جمع عتيق: أي كريم رائع وهي كرام الخيل العربيّة، والبراذين والخيل العربية هما (سواء) في القسم فلا يفضل أحدهما على الآخر، وكذا لا يفضل العتيق على الهجين وهو ما يكون أبوه من البراذين وأمه عربية، ولا على المقرف وهو ما يكون أبوه عربياً وأمه برذونة. قيل إنما ذكر هذا لأن من أهل الشام من يقول لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثاً شاذاً. وحجتنا فيه ما ذكر في الكتاب من أن إطلاق الخيل يشملهما، وكذا الإرهاب، ولأن في كل خصوصية ليست في الآخر. فالعتيق إن فضل بجودة الكرّ والفرّ فالبرذون يفضل بزيادة قوته على الحمل والصبر ولين العطف، وكونه ألين عطفاً من العربي غير صحيح لأن هذا دائر مع التعليم،

إلى ما بعدها وهو القياس بقوله: (ولأن القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة) فلا يكون السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب مفضياً إلى زيادة الغناء بالقتال عليهما فيسهم الواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة أفراس. وقوله: (وما رواه محمول على التنفيل الخ) استظهار في تقوية الدليل لأن ما رواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج إلى جواب عنه أو تأويل له (والبراذين والعتاق سواء) البراذين جمع برذون وهو فرس العجم، والعتاق الكرائم. يقال عتاق الخيل والطير لكرائمهما، والعراب خلاف فرس العجم. والهجين ما يكون

قال المصنف: (فلا يكون السبب الظاهر) أقول: أي لاستحقاق الغنيمة.

---

(١) ذكر هذه الآثار الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤١٩ وهو غريب كما ذكر ابن الهمام لذا نقل ابن الهمام وكذا الزيلعي عن مالك قوله: لم أسمع بالقسم إلا لفرس واحد. وهو في الموطأ ٢/ ٤٥٦. ٤٥٧

قلت: وعلى هذا يتخرج كلام الشافعي: وأهل المغازي لم يرووا... الخ أنه أراد المغازي المعتبرة.

وقد قال ابن حجر في عن الواقدي: هو غير حجة إذا لم يخالف غيره فكيف إذا خالف.

وفي الميزان ما ملخصه: الواقدي كذبه أحمد وقال البخاري وغيره: متروك. وقال يحيى: ليس بثقة.

(٢) تقدم في الذي قبله.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٨٠٧ وأبو داود ٢٧٥٢ وابن أبي شيبة ١٤/ ٥٣٣. ٥٣٨ وابن سعد ٢/ ٨١. ٨٤ وأحمد ٤/ ٥٢. ٥٤ وابن حبان ٧١٧٣ والبيهقي ٤/ ١٨٦ وفي الدلائل ٤/ ١٨٢. ١٨٦ من طرق كلهم من حديث إياس بن سلمة عن أبيه مطولاً في خبر الحديبية، وله قصة.

(٤) حسن. رواه أبو عبيد القاسم بن سلاّم في كتابه الأموال، ورجاله ثقات أيضاً.

(٥) أنظر سيرة ابن هشام ٣/ ١٩٧ حتى ٢٠٤ باب غزوة ذي قرد، وملخصه الخبر: «أن النبي ﷺ كانت له إبل، وكان قد جعل عليها راعياً، فأغار عيينة بن حصن الفزاري، وطائفة ممن معه على الإبل، وقتلوا الراعي، فتصدى لهم سلمة بن الأكوع رضوان الله تعالى عليه، فرماهم بالنبل، والحجارة حتى أخذ أكثرها، وقتل منهم غير واحد، ثم جاء بعد ذلك رجالات النبي ﷺ بعد أن بلغه الخبر، فانتقموا من عيينة، وأصحابه» اهـ راجع السيرة تراه مفصّلاً.

الخيل ينطلق على البراذين والعراب والهجين والمقرف إطلاقاً واحداً، ولأن العربي إن كان في الطلب والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفاً، ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا **(ومن دخل دار الحرب فنفق فرسه استحق سهم الفرسان، ومن دخل راجلاً فاشترى فرساً استحق سهم راجل)** وجواب الشافعي على عكسه في الفصلين، وهكذا روى

والعربي أقبل للأدب من العجمي من الخيل، وكون أحد يقول لا يسهم بالكلية للفرس العجمي بعيد. ويمكن أن يكون ذكره لما نقل عن عمر أنه فضل أصحاب الخيل العربية على المقارف. وفي سيرة ابن هشام: حدثني أبو عبيدة قال: كتب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى سلمان بن ربيعة الباهلي وهو بأرمينية يأمره أن يفضل أصحاب الخيل العراب على أصحاب الخيل المقارف في العطاء، فعرض الخيل فمرّ به عمرو بن معدي كرب فقال له سلمان: فرسك هذا مقرف، فغضب عمرو وقال: هجين عرف هجيناً مثله، فوثب إليه قيس: يعني ابن مكشوح فتوعده، فقال عمرو:

أتوعدني كأنك ذو رعين ... بأفضل عيشة أو ذو نواس

وكائن كان قبلك من نعيم ... وملك ثابت في الناس راسي

قديم عهده من عهد عاد ... عظيم قاهر الجبروت قاسي

فأمسى أهله بادوا وأمسى ... يحوّل من أناس في أناس

قوله: (ومن دخل دار الحرب فارساً فنفق فرسه) أي هلك فقاتل راجلاً **(استحق سهم الفرسان. ومن دخل راجلاً فاشترى)** في دار الحرب **(فرساً)** فقاتل فارساً عليه **(استحق سهم راجل، وجواب الشافعي على عكسه)** في الفصلين **(وهكذا روى ابن المبارك في الفصل الثاني عن أبي حنيفة)** أي فيما إذا دخل راجلاً فاشترى فرساً فقاتل عليه أن له سهم فارس، وظاهر المذهب الأول **(والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة)** أي مجاوزة الدرب وهو الحد الفاصل بين دار الإسلام ودار الحرب **(وعنده حال الحرب. له أن السبب)** في استحقاق الغنيمة إذا وجدت **(هو قتاله فيعتبر حال الشخص)** المستحق **(عنده)** دون المجاوزة لأنها إنما هي **(وسيلة إلى السبب)** أي العلة الحقيقية **(كالخروج من البيت)** لقصد القتال في دار الحرب فإنه وسيلة إلى السبب، وحالة الغازي عند ذلك بالاتفاق لا تعتبر، فكذا عند المجاوزة. والدليل على أن المعتبر حال القتال تعلق الأحكام به الراجعة إلى استحقاق الغنيمة اتفاقاً فيما إذا قاتل الصبي أو العبد أو غيرهما فإنهم يستحقون الرضخ، فظهر اعتباره شرعاً في حق استحقاق الغنيمة، وأنه غير متعذر **(ولو تعذر أو تعسر فبشهود الوقعة لأنه أقرب إلى القتال)** من المجاوزة **(ولنا أن المجاوزة نفسها من القتال لأنهم يلحقهم الخوف بها)** **(والإغاظة، (والحال بعدها حال بقاء القتال إلا أنه تنوع القتال إلى المجاوزة إلى دارهم، وسلوكهم قهراً بالمنعة لإهلاكهم وإلى حقيقة المسايفة ولا معتبر بحال الدوام، ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر، وكذا على شهود الوقعة لأنه حال)** شغل شاغل لكل أحد فيتعذر على الإمام استعلامه بنفسه أو بشهادة العدل به لكل فرد فسقط اعتباره،

أبوه من الكوادن وأمه عربية، والكودن البرذون ويشبه به البليد، والمقرف عكس الهجين، وإنما تصدى لذكر التسوية بين البرذون والعتاق لأن أهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثاً عن رسول الله ﷺ شاذاً، وحجتنا ما ذكر في الكتاب وهو واضح. وقوله: (ألين عطفاً) بفتح العين وكسرها، فمعنى الفتح الإمالة، ومعنى الكسر الجانب. قال: (ومن دخل دار الحرب فارساً) هذا البيان وقت إقامة السبب الظاهر مقام ما يوجب زيادة السهم وهو وقت مجاوزة الدرب عندنا. وقوله: (وهكذا) أي كقول الشافعي رضي الله عنه (روى ابن المبارك عن أبي حنيفة رضي الله عنه في الفصل الثاني) يعني ما إذا دخل دار الحرب راجلا

قوله: (والمقرف عكس الهجين الخ) أقول: في الصحاح والقاموس: الإقراف من قبل الفحل، والهجنة من قبيل الأم، فما في الشرح مخالف لما فيهما.

ابن المبارك عن أبي حنيفة في الفصل الثاني أنه يستحق سهم الفرسان. والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة، وعنده حالة انقضاء الحرب. له أن السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة إلى السبب كالخروج من البيت، وتعليق الأحكام بالقتال يدل على إمكان الوقوف عليه، ولو تعذر أو تعسر تعلق بشهود الوقعة لأنه أقرب إلى القتال. ولنا أن المجاوزة نفسها قتال لأنه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها؛ ولأن

بخلافه في حق أفراد قليلة من الناس كقتال الصبي والعبد فأدير في حقهم عليه دون سائر الناس فيقام في حق الكل السبب المفضى إلى القتال ظاهراً مقامه فيكون هو المعتبر في حق العامة. وأما ما قيل في التعذر بأن الشهادة من أهل العسكر لا تقبل للتهمة فليس بصحيح، بل يجب قبولها لأن الشاهد على أن هذا قاتل فارساً لا يجر بذلك نفعاً لنفسه بل ضرراً فإنه ينقص سهم نفسه فهو يلزم نفسه أولاً الضرر، وشركته في أصل المغنم ليست متوقفة على شهادته هذه؛ ألا يرى إلى ما في الحديث من قول أبي قتادة: من يشهد لي حيث جعل عليه الصلاة والسلام السلب للقاتل في حنين؟ فشهد له واحد فأعطاه إياه، وقال عليه الصلاة والسلام «من قتل قتيلاً له علية بينة»[1] ولا بينة إلا أهل العسكر من المقاتلة خصوصاً في غزواته عليه الصلاة والسلام (ولو دخل فارساً وقاتل راجلاً لضيق المكان) أو لمشجرة أو لأنه في سفينة دخل فيها بفرسه ليقاتل عليها إذا خلص إلى برهم فلاقوهم قبله واقتتلوا في السفينة كان لهم سهم الفرسان (ولو دخل فارساً ثم باع فرسه أو وهبه) وسلمه (أو آجره أو رهنه ففي الحسن يستحق سهم الفرسان اعتباراً للمجاوزة، وفي ظاهر المذهب لا يستحقه لأن الإقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يقصد بالمجاوزة) بالفرس (القتال) عليه بل التجارة به، وسبب استحقاق سهم الفارس هو المجاوزة على قصد القتال عليه لا مطلق المجاوزة (ولو باعه بعد الفراغ من القتال لا يسقط سهم الفارس) بالاتفاق (وكذا إذا باعه حالة القتال) لا يسقط (عند البعض) قال المصنف (الأصح أنه يسقط) لأنه ظهر أن قصده التجارة وإنما انتظر حالة العزة. وعورض بأن تلك الحالة حالة المخاطرة بالنفس فلم يكن البيع دليلاً على قصد التجارة لأن تلك الحالة حالة طلب النفس التحصن، فبيعه فيها دليل أنه عنّ له غرض الآن فيه، إما

ثم اشترى فرساً وقاتل فارساً، وفي ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان (والحاصل أن المعتبر عندنا في وقت إقامة السبب مقام ذلك حالة المجاوزة) أي مجاوزة الدرب. قال الخليل: الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها، لكن المراد بالدرب ها هنا هو البرزخ الحاجز بين الدارين دار الإسلام ودار الحرب، حتى لو جاوزت الدرب دخلت في حدّ دار الحرب، ولو جاوز أهل دار الحرب الدرب دخلوا في حدّ دار الإسلام (وعنده حال انقضاء الحرب) أي تمامها وهذه رواية عنه، والظاهر من مذهبه أنه يعتبر مجرد شهود الوقعة، ودليله يدل على ذلك، وكان المصنف أشار بقوله حال انقضاء الحرب إلى إحدى الروايتين عنه وبالدليل إلى الأخرى لأن قوله: (يعتبر حال الشخص عنده) أي عند القتال إشارة إلى حال شهود الوقعة لا إلى حال انقضائها. وقوله: (والمجاوزة وسيلة) رد لمذهبنا. وقوله: (كالخروج من مبيت) يعني للقتال، فإنه وسيلة إلى السبب ولا معتبر به في اعتبار حال الغازي من كونه راجلاً أو فارساً، وكذلك في هذه الوسيلة. وقوله: (وتعليق الأحكام) جواب عما سنذكر في تعليلنا أن الوقوف على حقيقة القتال متعسر. وبيانه أن الأحكام تعلقت بوجود القتال حقيقة كإعطاء الرضخ للصبي إذا قاتل، وكذلك المرأة والعبد و الذمي، ولو كان ذلك متعسراً لما ترتب عليه الأحكام. ولئن سلمنا عسره لكن يجب تعلق حكم كونه راجلاً أو فارساً بحالة هي أقرب إلى القتال وهي شهود الوقعة لا مجاوزة الدرب (ولنا أن المجاوزة نفسها قتال) لأن القتال اسم لفعل يقع به للعدو خوف، ومجاوزة الدرب قهراً، وشوكة تحصل لهم الخوف فكان قتالاً. وإذا وجد أصل القتال فارساً لم يتغير حكمه بتغير أحوالهم بعد ذلك لأن ذلك (حالة دوام القتال ولا معتبر بها) لأنه لا يمكن تعليق الحكم بدوام القتال لأن الفارس لا

قال المصنف: (ولنا أن المجاوزة نفسها قتال) أقول: لم يجب عن قول الشافعي وتعليق الأحكام الخ، إذ هو أيضاً لم يقل بموجبه حيث لم يعتبر نفس القتال في استحقاق الغنيمة فليتأمل.

---

(١) رواه الجماعة سوى النسائي سيأتي في أول فصل التنفيل، وهو الباب الآتي. حيث ساقه المصنف مطوّلاً.

الوقوف على حقيقة القتال متعسر؛ وكذا على شهود الوقعة لأنه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه إذ هو السبب المفضي إليه ظاهراً إذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص بحالة المجاوزة فارساً كان أو راجلاً. ولو دخل فارساً وقاتل راجلاً لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق، ولو دخل فارساً ثم باع فرسه أو وهب أو آجر أو رهن ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة يستحق سهم الفرسان اعتباراً للمجاوزة. وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لأن الإقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارساً. ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان، وكذا إذا باع في حالة القتال عند البعض. والأصح أنه يسقط لأن البيع يدل على أن غرضه التجارة فيه إلا لأنه ينتظر عزته (ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الإمام) لما روي «أنه

لأنه وجده غير موافق له فربما يقتله لعدم أدبه أو غير ذلك، ولأن العادة ليس هو البيع وغيره من العقود حالة القتال ليكون بيعه إذ ذاك انتظاراً لحالة الرغبات في الشراء. وفي المحيط: لو جاوز بفرس لا يستطيع القتال عليه لكبره أو ضعفه أو هزاله لا يستحق سهم الفرسان، وإن كان الفرس مريضاً فعلى التفصيل المذكور فيه، ولو جاوز على فرس مغصوب أو مستعار أو مستأجر ثم استرده المالك فشهد الوقعة راجلاً ففيه روايتان: في رواية له سهم فارس، وفي رواية سهم راجل. ومقتضى كونه جاوز بفرس لقصد القتال عليه ترجح الأولى، إلا أن يزاد في أجزاء السبب بفرس مملوك وهو ممنوع، فإنه لو لم يسترده المعير وغيره حتى قاتل عليه كان فارساً قوله: (ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبيّ ولا ذمي ولكن يرضخ لهم) أي يعطون قليلاً من كثير، فإن الرضخة هي الإعطاء كذلك، والكثير السهم، فالرضخ لا يبلغ السهم ولكن دونه (على حسب ما يرى الإمام) وسواء قاتل العبد بإذن سيده أو بغير إذنه (والمكاتب كالعبد) لما ذكر في الكتاب. وقد استدل المصنف بأن النبي ﷺ كان لا يسهم الخ. أخرج مسلم: كتب نجدة بن عامر الحروري إلى ابن عباس يسأله عن العبد والمرأة يحضران المغنم هل يقسم لهما؟ فكتب إليه: أن ليس لهما شيء إلا أن يحذيا. وفي أبي داود عن يزيد بن هرمز: كتب نجدة الحروري إلى ابن عباس يسأله عن النساء هل كن يشهدن الحرب مع رسول الله ﷺ؟ قال: أنا كتبت كتاب ابن عباس رضي الله عنهما إلى نجدة، قد كن يحضرنَ الحرب مع رسول الله ﷺ، فأما أن يضرب لهن بسهم فلا، وقد كان يرضخ لهن[1]. وأخرج أبو داود والترمذي وصححه عن عمير مولى آبي اللحم قال: شهدت خيبر مع ساداتي، إلى أن قال: فأخبر أني مملوك فأمر لي بشيء[2]. وأما ما في أبي داود والنسائي عن جدة حشرج بن زياد أم أبيه «أنها خرجت في غزوة خيبر سادسة ست نسوة، فبلغ رسول الله ﷺ، فبعث إلينا فجئنا فرأينا في وجه الغضب فقال: مع من خرجتنّ؟ وبإذن من خرجتنّ؟ فقلن: يا رسول الله خرجنا نغزل الشعر ونعين في سبيل الله ومعنا

يمكنه أن يقاتل فارساً دائماً لأنه لا بد له من أن ينزل في بعض المضايق خصوصاً في المشجرة أو في الحصن أو في البحر. وقوله: (ولأن الوقوف على حقيقة القتال) واضح على ما ذكرنا. وقوله: (وتوهم عجزه) يحتمل أن يعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة فيعود إلى الرق، وحينئذ كان للمولى ولاية المنع فيمنع في الحال لوجود التوهم. قوله: (لأنها عاجزة عن حقيقة القتال)

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٨١٢ حـ ١٣٩ وأبو داود ٢٧٢٨ كلاهما عن ابن عباس به.
وأخرجه مسلم ١٨١٢ وأبو داود ٢٧٢٧ و ٢٧٢٨ والترمذي ١٥٥٦ أو البيهقي ٦/ ٣٣٢ وأحمد ١/ ٢٤٨، ٢٤٩، ٣٠٨، ٣٥٢ كلهم من طريق يزيد ابن هرمز بنحوه وصدره عند مسلم: «كتب نجدة المروري إلى ابن عباس يسأله عن خمس خلال» فذكره مطولاً، ومنه هذا الخبر.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٢٧٣٠ والترمذي ١٥٥٧ وابن ماجه ٢٨٥٥ والدارمي ٢٣٨١ والحاكم ٢/ ١٣١ والبيهقي ٦/ ٣٣٢ كلهم من حديث عمير مولى أبي اللحم، ورجاله ثقات، وكذا رواه ابن الجارود ١٠٨٧
قال الترمذي: حسن صحيح.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي، وهو كما قالوا.

عليه الصلاة والسلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم؟ ولما استعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئاً من الغنيمة: يعني أنه لم يسهم لهم، ولأن الجهاد عبادة والذمي ليس من أهل العبادة، والصبي والمرأة عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه، والعبد لا يمكنه المولى وله منعه، إلا أنه يرضخ لهم تحريضاً على القتال مع إظهار انحطاط رتبتهم، والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج إلى القتال ثم العبد إنما يرضخ له إذا قاتل لأنه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر، والمرأة يرضخ لها إذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لأنها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الإعانة مقام القتال، بخلاف العبد لأنه قادر على حقيقة القتال، والذمي إنما يرضخ له إذا قاتل أو دل على الطريق ولم يقاتل لأن فيه منفعة للمسلمين، إلا أنه يزاد على السهم في الدلالة إذا كانت فيه منفعة عظيمة، ولا يبلغ به السهم إذا قاتل لأنه جهاد والأول ليس من عمله ولا

دواء للجرحى ونناول السهام ونسقي السويق، فقال: قمن حتى إذا فتح الله عليه خيبر أسهم لنا كما أسهم للرجال»[1] وبه قال الأوزاعي. وقال الخطابي: إسناده ضعيف لا تقوم به حجة. وذكر غيره أنه لجهالة رافع وحشرج من رواته. وقال الطحاوي: يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام استطاب أنفس أهل الغنيمة. وقال غيره: يشبه أنه إنما أعطاهن من الخمس الذي هو حقه[2] . هذا ويمكن أن يكون كون التشبيه في أصل العطاء، وأرادت بالسهم ما خصص به. والمعنى خصصنا بشيء كما فعل بالرجال. وإنما لم يبلغ بهؤلاء الرجالة منهم سهم الرجالة ولا بالفارس سهم الفرسان، لأنهم أتباع أصول في التبعية حيث لم يفرض على أحد منهم في غير النفير العام في غير الصبي، ويزيد الذمي بأنه ليس أهلاً له لكون الجهاد عبادة وليس هو من أهلها. ومن الأمور الاستحسانية إظهار التفاوت بين المفروض عليهم وغيرهم والتبع والأصل بخلاف السوقي في العسكر والمستأجر لخدمة الغازي إذا قاتلا حيث يستحقان سهماً كاملاً، وتسقط حصته زمن القتال من أجرة الأجير لأنهما من أهل فرضه فلم يكونا تبعاً في حق الحكم بل في السفر ونحوه. ثم الرضخ عندنا من الغنيمة قبل إخراج الخمس، وهو قول الشافعي رحمه الله وأحمد، وفي قول له وهو رواية عن أحمد من أربعة الأخماس، وفي قول للشافعي رحمه الله: من خمس الخمس، وقال مالك رحمه الله: من الخمس **(ثم العبد إنما يرضخ له إذا قاتل)** وكذا الصبي والذمي لأنهم يقدرون على القتال إذا فرض الصبي قادراً عليه فلا يقام غير القتال في حقهم مقامه، بخلاف المرأة فإنها تعطى بالقتال وبالخدمة لأهل العسكر وإن لم تقاتل لأنها عاجزة عنه فأقيم هذه المنفعة منها مقامه وصحة أمانها لثبوت شبهة القتال منها، والأمان يثبت بالشبهة احتياطاً فيه، ولا يرد إعطاء الذمي إذا لم يقاتل، بل دل على الطريق لأن ذلك ليس رضخاً بل بمقام الأجرة ولهذا يزاد على السهم إذا كان عمله ذلك تزيد قيمته عليه، بخلاف ما إذا قاتل لأنه عمل الجهاد، ولا يسوّي في عمل الجهاد بين من يصح منه ويؤجر عليه ومن لا يقبله الله منه ولا يصححه له فلذلك **(لا يبلغ به السهم)** كما ذكره المصنف. قالوا: والسهم مرفوع البتة لأنه المفعول بلا واسطة حرف فيكون هو النائب عن الفاعل، وهذا على قول الأكثر، وأما من يجيز إقامة الظرف والمجرور مع وجود المفعول فيجيز

ظاهر. واعترض عليه بأنها لو كانت عاجزة عنها لما صح أمانها لأنه إنما يصح ممن يخاف منه القتال لقدرته على القتال. وأجيب بأن الأمان صحته لا تتوقف على القدرة على حقيقة القتال، بل تثبت بشبهة القتال لأنه مما يثبت بالشبهات وهي ليست بعاجزة عن شبهة القتال بمالها وعبيدها، وأما السهم من الغنيمة فإنما يستحق بحقيقة القدرة على القتال وهي عاجزة عنها **(ولا يبلغ به السهم**

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٧٢٩ وأحمد ٥/ ٢٧١ و ٦/ ٣٧١ والبيهقي ٦/ ٣٣٣ والنسائي في الكبرى كما في نصب الراية ٣/ ٤٢١ كلهم من حديث حشرج بن زياد عن جدته... فذكره

قال الخطابي في معالم السنن ٢٦١٣: إسناده ضعيف لا تقوم الحجة بمثله اهـ. ونقله عنه المنذري وكذا الزيلعي. وعلة الحديث حشرج، فإنه لا يُعرف وكذا الراوي عنه رافع بن سلمة لا يعرف أيضاً. قاله الذهبي وغيره. كابن القطان، وابن حزم انظر نصب الراية ٣/ ٤٣٢

(٢) هذا الكلام في نصب الراية ٣/ ٤٢١ وذكر كلاماً غيره أيضاً.

يسوّي بينه وبين المسلم في حكم الجهاد (وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم: سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون، ولا يدفع إلى أغنيائهم) وقال الشافعي: لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم، ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى **﴿ولذي القربى﴾** من غير فصل بين الغني والفقير. ولنا أن الخلفاء الأربعة الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ما

نصبه ويكون النائب لفظ به. وهل يستعان بالكافر عندنا إذا دعت الحاجة جاز، وهو قول الشافعي رحمه الله وابن المنذر، وجماعة لا يجوّزون ذلك لما في مسلم وغيره عن عائشة رضي الله عنها «أنه عليه الصلاة والسلام خرج إلى بدر فلحقه رجل من المشركين يذكر منه جرأة ونجدة، فقال له عليه الصلاة والسلام: تؤمن بالله ورسوله؟ قال لا، قال: ارجع فلن نستعين بمشرك» الحديث «إلى أن قال له في المرة الثالثة نعم، «قال انطلق»[(1)] وعن حبيب بن إساف قال: «أتيت أنا ورجل من قومي رسول الله ﷺ وهو يريد غزواً، فقلت: يا رسول الله إنا نستحي أن يشهد قومنا مشهداً لا نشهده معهم، فقال: أتسلمان؟ فقلنا: لا، فقال: إنا لا نستعين بالمشركين، قال: فأسلمنا وشهدنا معه. قال: فقتلت رجلاً وضربني ضربة وتزوّجت بنته بعد ذلك، فكانت تقول: لا عدمت رجلاً وشحك هذا الوشاح، فأقول: لا عدمت رجلاً عجل أباك إلى النار»[(2)]. رواه الحاكم وصححه. وقول المصنف: ولما استعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئاً من الغنيمة: يعني لم يسهم لهم يفيد معارضة هذه الأحاديث، والمذكور في ذلك حديث أبي يوسف رحمه الله: أخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال: «استعان رسول الله ﷺ بيهود قينقاع فرضخ لهم ولم يسهم»[(3)]. ولكن تفرد به ابن عمارة وهو مضعف. وأسند الواقدي إلى محيصة قال: «وخرج رسول الله ﷺ بعشرة من يهود المدينة غزا بهم أهل خيبر وأسهم لهم كسهمان المسلمين، ويقال أحذاهم ولم يسهم لهم»[(4)]. وأسند الترمذي إلى الزهري قال: «أسهم عليه الصلاة والسلام لقوم من اليهود قاتلوا معه»[(5)] وهو منقطع وفي سنده ضعف، مع أن يحيى بن القطان كان لا يرى مراسيل الزهري وقتادة شيئاً ويقول هي بمنزلة الريح، ولا شك أن هذه

إذا قاتل لأنه جهاد) فلا يبلغ بسهمه سهم المجاهدين **(والأول ليس من عمله)** أي الدلالة ليست من عمل الجهاد فكانت عملاً كسائر الأعمال فيبلغ أجره بالغاً ما بلغ. قال: **(وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لأبناء السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم)** أي في الأصناف الثلاثة، ومعنى هذا الكلام أن أيتام ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى ويقدمون

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٨١٧ من وجوه وأبو داود ٢٧٣٢ والترمذي ١٥٥٨ وابن ماجه ٢٨٣٢ والدارمي ٢/ ٢٣٣ وابن أبي شيبة ١٢/ ٣٩٥ وأحمد ٣/ ٦٧ ـ ٦٨ ـ ١٤٨ ـ ١٤٩ وابن حبان ٤٧٢٦ والبيهقي ٩/ ٣٦ ـ ٣٧ من طرق كلهم من حديث عائشة اختصره أبو داود، وابن حبان وغيرهما، واللفظ لمسلم وأتم.

(٢) جيد. أخرجه الحاكم ٢/ ١٢١ ـ ١٢٢ والبيهقي ٩/ ٣٧ وأحمد ٣/ ٤٥٤ كلهم من حديث خبيب بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده وصححه الحاكم، وأقره الذهبي. وجده هو الصحابي خبيب بن يَسَاف كذا ضبطه ابن حجر في التقريب. والحديث جيد في الجماعة، ورجاله ثقات.
تنبيه: وقع في الأصل ـ أي الفتح ـ حبيب بن إساف اهـ وصوابه ما ذكرت. خبيب بالخاء. وأما إساف فيصح

(٣) ضعيف. أخرجه البيهقي ٩/ ٥٣ من طريق الشافعي عن أبي يوسف بسنده عن ابن عباس
وقال البيهقي: تفرد به الحسن بن عمارة، وهو متروك وأقره الزيلعي ٣/ ٤٢٢.

(٤) ضعيف. أخرجه الواقدي في مغازيه ٢/ ٦٨٤ ـ ٦٨٥ ومن طريق البيهقي ٩/ ٥٣ ـ ٥٤ عن قُطَير الحارثي عن حزام بن سعد بن مُحَيِّصة. هكذا وصله الواقدي، وأما البيهقي، فلم يذكر حزام لذا قال: هذا منقطع، وإسناده ضعيف.
قلت: وإن وصله الواقدي إلا أن الواقدي نفسه كجروح.

(٥) مرسل. أسنده الترمذي بإثر حديث ١٥٥٨ عن الزهري مرسلاً. ومرسلات الزهري واهية لأنه حافظ ثبت لا يرسل إلا لعلة. هكذا قال العلماء. منهم صاحب التنقيح ـ ابن عبد الهادي ـ انظر نصب الراية ٣/ ٤٢٢.
تنبيه: وأما الإسناد إلى الزهري فقوي. وأما ما ذكره ابن الهمام من ضعفه مع انقطاعه، فهو لمرسل آخر ذكره الزيلعي في ٣/ ٤٢٢ وقال: رواه ابن أبي شيبة عن الزهري، ولفظه: «كان يغزو باليهود، فيسهم لهم كسهام المسلمين».
ونقل الزيلعي عن البيهقي قوله: إسناده ضعيف، ومنقطع اهـ

قلناه وكفى بهم قدوة. وقال عليه الصلاة والسلام «يا معشر بني هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة الناس وأوساخهم وعوّضكم منها بخمس الخمس» والعوض إنما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوّض وهم الفقراء. والنبي عليه الصلاة والسلام أعطاهم للنصرة؛ ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام علل فقال: «إنهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية

لا تقاوم أحاديث المنع في القوّة فكيف تعارضها. وقال الشافعي رحمه الله: ردّه ﷺ المشرك والمشركين كان في غزوة بدر[١]، ثم إنه عليه الصلاة والسلام استعان في غزوة خيبر بيهود من بني قينقاع[٢] واستعان في غزوة حنين سنة ثمان بصفوان بن أمية وهو مشرك، [٣]، فالرد إن كان لأجل أنه مخير بين أن يستعين به وأن يرده كما له رد المسلم لمعنى يخافه فليس واحد من الحديثين مخالفاً للآخر، وإن كان لأجل أنه مشرك فقد نسخه ما بعده، ولا بأس أن يستعان بالمشركين على قتال المشركين إذا خرجوا طوعاً ويرضخ لهم ولا يسهم لهم ولا يكون لهم راية تخصهم، ولم يثبت عن النبي ﷺ أنه أسهم لهم[٤]، ولعل رده[٥] من رده في غزوة بدر رجاء أن يسلم[٦] قوله: **(وأما الخمس)** أي الذي تقدم أنه يخرجه أولاً **(فيقسم على ثلاثة أسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون)** على غيرهم لأن غيرهم من الفقراء يتمكنون من أخذ الصدقات وذوو القربى لا تحل لهم، هذا رأي الكرخي، وسيأتي رأي الطحاوي أنه يدخل فقراء اليتامى من ذوي القربى في سهم اليتامى المذكورين دون أغنيائهم، واليتيم صغير لا أب له، والمساكين منهم في سهم المساكين، وفقراء أبناء السبيل من ذوي القربى في أبناء السبيل. فإن قيل: فلا فائدة حينئذ في ذكر اسم اليتيم حيث كان استحقاقه بالفقر والمسكنة لا باليتم. أجيب بأن فائدته دفع توهم أن اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيئاً لأن استحقاقها بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحقها، ومثله ما ذكر في التأويلات للشيخ أبي منصور: لما كان فقراء ذوي القربى يستحقون بالفقر فلا فائدة في ذكرهم في القرآن. أجاب بأن أفهام بعض الناس قد تفضي إلى أن الفقير منهم لا يستحق لأنه من قبيل الصدقة ولا تحل لهم. وفي التحفة: هذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف إلى صنف واحد منهم جاز كما في الصدقات وقال الشافعي: **(لذوي القربى خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم)** وبقول الشافعي قال أحمد. وعند مالك الأمر مفوّض إلى رأي الإمام إن شاء قسم بينهم وإن شاء أعطى بعضهم دون بعض وإن شاء أعطى غيرهم إن كان أمر غيرهم أهم من أمرهم **(ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم)** من القرابات ونحن نوافقه على أن القرابة

عليهم، ومساكين ذوي القربى يدخلون في سهم المساكين، وأبناء السبيل منهم يدخلون في أبناء السبيل. وسبب الاستحقاق في هذه الأصناف الثلاثة الاحتياج، غير أن سببه مختلف في نفسه من اليتم والمسكنة وكونه ابن السبيل، ثم إنهم مصارف لا مستحقون حتى أنه لو صرف إلى صنف واحد منهم جاز عندنا كما في الصدقات **(ولا يدفع إلى أغنيائهم. وقال الشافعي رضي الله عنه: لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم، ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم)** من بني عبد شمس وبني نوفل **(لقوله تعالى ﴿ولذي القربى﴾ من غير فصل بين الغني والفقير)** فشتركان **(ولنا أن الخلفاء**

(١) مراد حديث: «ارجع، فلن نستعين بمشرك». وتقدم قبل قليل ووقع في مسلم: قِبَلَ بدر اهـ فهذا يعني يوم بدر، وقد وقع صريحاً في غيره، فما ذكره الشافعي متّجه والله أعلم.

(٢) مراده ما تقدم قبل حديثين من رواية الواقدي والبيهقي.

(٣) خبر صفوان ثابت وقد تقدم مراراً وفيه استعار منه أدرعاً. لكن اختلف العلماء حين توجه صفوان إلى حنين هل كان مسلماً، والأكثر على عدم إسلامه بعد.

(٤) وهذا هو الصواب، والإجماع كذلك على أن المشرك لا يسهم له، وقال غير واحد: يرضخ له. أي يعطى شيئاً غير معيّن.

(٥) وقع في الأصل: رده. والصواب: ردّكما في نصب الراية ٣/ ٤٣٢٤.

(٦) إلى هنا كلام الشافعي ذكره الحازمي في الناسخ والمنسوخ، ونقله الزيلعي ٣/ ٤٢٤.

والإسلام، وشبك بين أصابعه» دل على أن المراد من النصر قرب النصرة لا قرب القرابة. قال: (فأما ذكر الله تعالى في

المرادة هنا تخص بني هاشم وبني المطلب، فالخلاف في دخول الغني من ذوي القربى وعدمه. وقال المزني والثوري: يستوي فيه الذكر والأنثى، ويدفع للقاصي والداني وهو ظاهر إطلاق النص (له إطلاق قوله تعالى ﴿ولذي القربى﴾ بلا فصل بين الغني والفقير) ولأن الحكم المعلق بوصف يوجب أن مبدأ الاشتقاق علة له ولا تفصيل فيها بخلاف اليتامى فإنهم يشترطون فيهم الفقر مع تحقق الإطلاق كقولنا، وذلك لأن اسم اليتيم يشعر بالحاجة فكان مقيداً معنى بها. بخلاف ذوي القربى، ثم لا تنتفي مناسبتها بالغني لأنه لا يبعد كون قرابة رسول الله ﷺ توجب استحقاق هذه الكرامة (ولنا أن الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة) ثم إنه لم ينكر عليهم ذلك أحد مع علم جميع الصحابة بذلك وتوافرهم فكان إجماعاً، إذ لا يظن بهم خلاف رسول الله ﷺ، والكلام في إثباته، فروى أبو يوسف عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الخمس كان يقيم على عهده الصلاة والسلام على خمسة أسهم: لله والرسول سهم، ولذي القربى سهم، ولليتامى سهم، وللمساكين سهم، ولابن السبيل سهم. ثم قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعليّ رضي الله تعالى عنهم على ثلاثة أسهم: سهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لابن السبيل[1]. وروى الطحاوي عن محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدي عن عبدالله بن المبارك عن محمد بن إسحاق قال: سألت أبا جعفر: يعني محمد بن عليّ فقلت: أرأيت علي بن أبي طالب رضي الله عنه حيث ولى العراق وما ولى من أمر الناس كيف صنع في سهم ذوي القربى؟ قال: سلك به والله سبيل أبي بكر وعمر، فقلت: وكيف وأنتم تقولون ما تقولون؟ قال: أما والله ما كان أهله يصدرون إلا عن رأيه، قلت: فما منعه؟ قال: كره والله أن يدعي عليه بخلاف سيرة أبي بكر وعمر[2] انتهى. وكون الخلفاء فعلوا ذلك لم يختلف فيه، وبه تصح رواية أبي يوسف عن الكلبي، فإن الكلبي مضعف عند أهل الحديث إلا أنه وافق الناس. وإنما الشافعي يقول: لا إجماع بمخالفة أهل البيت، وحين ثبت هذا حكمنا بأنه إنما فعله لظهور أنه الصواب لا أنه لم يكن يحل له أن يخالف اجتهاده اجتهادهما، وقد علم أنه خالفهما في أشياء لم توافق رأيه كبيع أمهات الأولاد وغير ذلك، فحين وافقهما علمنا أنه رجع إلى رأيهما إن كان ثبت عنه أنه كان يرى خلافه. وبهذا يندفع ما استدل به الشافعي عن أبي جعفر محمد بن عليّ قال: كان رأي عليّ في الخمس رأى أهل بيته ولكن كره أن يخالف أبا بكر وعمر. قال: ولا إجماع بدون أهل البيت لأنا نمنع أن فعله كان تقية من أن ينسب إليه خلافهما، وكيف وفيه منع المستحقين من حقهم في اعتقاده فلم يكن منعه إلا لرجوعه وظهور الدليل له، وكذا ما روي عن ابن عباس من أنه كان يرى ذلك محمول على أنه كان في الأول كذلك ثم رجع، ولئن لم يكن رجع فالأخذ بقول الراشدين مع اقترانه بعدم النكير من أحد أولى. فإن قيل: لو صح ما ذكرتم لم يكن سهم مستحق لذوي القربى أصلاً لأن الخلفاء لم يعطوهم وهو الحق، وهو مخالف للكتاب ولفعله عليه الصلاة والسلام لأنه أعطاهم بلا شبهة.

الراشدين رضي الله عنهم قسموا الخمس على ثلاثة على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة) ولم يخالفهم أحد فكان إجماعاً. وقوله: (وقد قال النبي ﷺ) دليل على أنه لم يصرف إلى أغنيائهم شيء لأنه قال («يا بني هاشم إن الله كره لكم غسالة أيدي الناس وأوساخهم وعوّضكم منها بخمس الخمس والعوض إنما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوّض وهم الفقراء») يعني أن المعوض وهو الزكاة لا يجوز دفعها إلى الأغنياء، فكذلك يجب أن يكون عوض الزكاة وهو خمس الغنائم لا يدفع إليهم لأن العوض إنما يثبت في حق من فات عنه المعوّض وإلا لا يكون عوضاً لذلك المعوض. فإن قيل: هذا الحديث إما أن يكون ثابتاً صحيحاً أو لا فإن كان الأول وجب أن يقسم الخمس على خمسة أسهم وأنتم تقسمونه على ثلاثة أسهم وهو مخالفة منكم للحديث الثابت الصحيح، وإن كان الثاني لا يصح الاستدلال به؟ أجيب بأن لهذا الحديث دلالتين: إحداهما إثبات العوض في المحل الذي فات

(١) واهٍ. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٢٤ ونسبه لأبي يوسف عن ابن عباس. وفي إسناده الكلبي مجروح اتهمه غير واحد بالكذب.

(٢) منقطع. أخرجه الطحاوي في المعاني ٣/ ٢٣٤ عن محمد الباقر، وهو منقطع بلا خلاف فالخبر ضعيف.

الخمس فإنه لافتتاح الكلام تبرّكاً باسمه، وسهم النبي عليه الصلاة والسلام سقط بموته كما سقط الصفّي) لأنه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان عليه الصلاة والسلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة

أجاب على قول الكرخي أن الدليل دالّ على أن السهم للفقير منهم لقوله عليه الصلاة والسلام «يا معشر بني هاشم»(١) الحديث، وهو بهذا اللفظ غريب، وتقدم في الزكاة، وأسند الطبراني في معجمه: حدثنا معاذ بن المثنى، حدثنا مسدد، حدثنا معتم بن سليمان، وساق السند إلى ابن عباس قال: بعث نوفل بن الحرث ابنيه إلى رسول الله ﷺ فقال لهما: انطلقا إلى عمكما لعله يستعين بكما على صدقات، فأتيا النبيّ ﷺ فأخبراه بحاجتهما، فقال لهما: «لا يحل لأهل البيت من الصدقات شيء ولا غسالة الأيدي، إن لكن في خمس الخمس ما يغنيكم ويكفيكم»(٢). ورواه ابن أبي حاتم في تفسيره: حدثنا أبي، حدثنا إبراهيم بن مهدي المصيصي، حدثنا معتمر بن سليمان بلفظ «رغبت لكن عن غسالة أيدي الناس إن لكم من خمس الخمس ما يغنيكم»(٣) وهو إسناد حسن، ولفظ العوض إنما وقع في عبارة بعض التابعين، ثم في كون العوض إنما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض ممنوع، ثم هذا يقتضي أن المراد بقوله تعالى ﴿ولذي القربى﴾ [الأنفال ٤١] فقراء ذوي القربى، فيقتضي اعتقاد استحقاق فقرائهم أو كونهم مصارف مستمراً، وينافيه اعتقاد حقية منع الخلفاء الراشدين إياهم مطلقاً، كما هو ظاهر ما روينا أنهم لم يعطوا ذوي القربى شيئاً من غير استثناء فقرائهم، وكذا ينافيه إعطاؤه عليه الصلاة والسلام الأغنياء منهم، كما روى «أنه أعطى العباس وكان له عشرون عبداً يتجرون». وقول المصنف **(والنبي ﷺ أعطاهم للنصرة الخ)** يدفع هذا السؤال الثاني، لكن يوجب عليه المناقضة مع ما قبله لأن الحاصل حينئذ أن القرابة المستحقة هي التي كانت نصرته، وذلك لا يخص الفقير منهم، ومن الأغنياء من

عنه المعوض على ما ذكرنا، والثانية جعله على خمسة أسهم، ولكن قام الدليل على انتفاء قسمة الخمس على خمس أسهم وهو فعل الخلفاء الراشدين كما تقدم، ولم يقم الدليل على تغيير العوض ممن فات عنه المعوض فقلنا به، كما تمسك الخصم على تكرار الصلاة على الجنازة بما روي «أن رسول الله ﷺ صلّى على حمزة سبعين صلاة» وهو لا يقول بالصلاة على الشهيد، ولكن يقول للحديث دلالتان، فإحداهما باقية وإن انتفت الأخرى. فإن قيل: لو كان ما ذكرتم صحيحاً بجميع مقدماته لما أعطاهم النبيّ عليه الصلاة والسلام، وقد ثبت أنه ﷺ أعطى بني هاشم وبني المطلب. أجاب بقوله: **(والنبي ﷺ أعطاهم للنصرة؛ ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام علل فقال: إنهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والإسلام، وشبك بين أصابعه)** وقصته ما روي عن جبير بن مطعم أنه قال «لما كان يوم خيبر وضع رسول الله ﷺ سهم ذوي القربى بين بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس، فانطلقت أنا وعثمان بن عفان حتى أتينا رسول الله ﷺ فقلنا: يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله به فيهم، فما بال إخواننا بني المطلب أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة؟ فقال عليه الصلاة والسلام: أنا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا إسلام وإنما نحن وهم شيء واحد، وشبك بين أصابعه وأشار إلى نصرتهم» وإذا كان كذلك **(دل على أن المراد بالنص)** أعني قوله ولذي القربى **(قرب النصرة لا قرب القرابة)** والمراد بالنصرة نصرة الاجتماع في الشعب لا نصرة القتال، يشير إليه قوله: «لا نفترق في جاهلية ولا إسلام» ولهذا يصرف للنساء والذراري. وإذا ثبت أن النبي ﷺ أعطاهم للنصرة لا للقرابة وقد انتهت النصرة انتهى الإعطاء لأن الحكم ينتهي بانتهاء علته. قال: **(فأما ذكر الله تعالى في الخمس)** لما فرغ من بيان وجه سقوط سهم ذوي القربى بين وجه سقوط ما سوى الثلاثة المذكورة في النص فقال: فأما ذكر الله تعالى في الخمس يعني قوله تعالى

---

(١) لا يعرف بهذا اللفظ. وتقدم في كتاب الزكاة معناه. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٢٥ ووافقه ابن الهمام، وكذا ابن حجر في الدراية ٢/ ١٢٦ حيث قال: لم أجده هكذا اهـ وتقدم في الزكاة نحوه، وإسناده صحيح.

(٢) حسن. أخرجه الطبراني كما في نصب الراية ٣/ ٤٢٥ من حديث ابن عباس. وكذا ابن أبي حاتم في تفسير سورة الأنفال من حديث ابن عباس أيضاً

قال الزيلعي: وهذا إسناد حسن، وإبراهيم بن مهدي وثقه أبو حاتم. وقال يحيى: يأتي بمناكير اهـ.

قلت: وابن مهدي هذا توبع في رواية الطبراني، فالحديث حسن كما قال الزيلعي، وابن الهمام. حيث تابعه مسدد على معتمر بن سليمان.

(٣) تقدم في الذي قبله.

. . . .

تأخر بعده عليه الصلاة والسلام كالعباس فكان يجب على الخلفاء أن يعطوهم، وهو خلاف ما نقلتم عنهم أنهم لم يعطوهم بل حصروا القسمة في الثلاثة. ويعكر ما سيرويه في تصحيح قول الكرخي أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم سهماً مع أنه لم يعرف إعطاء عمر بقيد الفقر مروياً، بل المروى في ذلك ما في أبي داود عن سعيد بن المسيب: حدثنا جبير ابن مطعم «أن رسول الله ﷺ لم يقسم لبني عبد شمس ولا لبني نوفل من الخمس شيئاً كما قسم لبني هاشم وبني المطلب» قال: وكان أبو بكر يقسم الخمس نحو قسم رسول الله ﷺ، غير أنه لم يكن يعطي قربى رسول الله ﷺ كما كان يعطيهم النبيّ ﷺ، وكان عمر يعطيهم ومن كان بعده منه[1] وأخرج أبو داود أيضاً عن عبد الرحمن بن أبي ليلى سمعت علياً قال: «اجتمعت أنا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة عند النبي ﷺ فقلت: يا رسول الله إن رأيت أن توليني حقنا من هذا الخمس في كتاب الله أقسمه حياتك كي لا ينازعني أحد بعدك فافعل. قال: ففعل ذلك فقسمته حياة رسول الله ﷺ ثم ولاية أبي بكر كان آخر سنة من سني عمر أتاه مال كثير، فعزل حقنا ثم أرسله إليّ فقلت: بنا العام غني وبالمسلمين إليه حاجة فاردده عليهم، فرده ثم لم يدعني إليه أحد بعد عمر، فلقيت العباس بعد ما خرجت من عند عمر فقال: يا عليّ حرمتنا الغداة شيئاً لا يردّ علينا وكان رجلاً داهياً»[2] فهذا ليس فيه تقييد الإعطاء بفقر المعطى منهم وكيف والعباس كان ممن يعطي ولم يتصف بالفقر مع أن الحافظ المنذري ضعف هذا فقال: وفي حديث جبير بن مطعم أن أبا بكر لم يقسم لذوي القربى، وفي حديث عليّ أنه قسم لهم، وحديث جبير صحيح، وحديث عليّ لا يصح انتهى[3]. والذي يجب أن يعول عليه على اعتقاد أن الراشدين[4] لم يعطوا ذوي القربى أن القربى بيان مصرف لا استحقاق على ما هو المذهب، وإلا لم يجز لهم منعهم بعده عليه الصلاة والسلام، وذلك أن ذوي القربى وإن قيدت بالنصرة الموازرة في الجاهلية فإنهم بقوا بعده عليه الصلاة والسلام فكان يجب أن يعطوهم، فلما لم يعطوهم كان المراد بيان أنهم مصارف: أي أن كلا من المذكورين مصرف حتى جاز الاقتصار على صنف واحد، كأن يعطي تمام الخمس لأبناء السبيل، وأن يعطي تمامه لليتامى كما ذكرنا من التحفة فجاز للراشدين أن يصرفوه إلى غيرهم، خصوصاً وقد رأوهم أغنياء متمولين إذ ذاك ورأوا صرفه إلى غيرهم أنفع. ونقول مع ذلك إن الفقير منهم مصرف ينبغي أن يقدم على الفقراء كما قدمناه، ويدفع قول الطحاوي إنهم يحرمون لأن فيه معنى الصدقة بمنع كون الخمس كذلك، بل هو مال الله لأن الجهاد حقه أضافه إليهم لا حق لنا لزمنا أداؤه طاعة له ليصير وسخاً، ويدل على بطلانه أنه عليه الصلاة والسلام صرفه لهم في حياته. فلو كان فيه معنى الصدقة لم يفعل، لكن يشكل على هذا أن مقتضاه كون الغني من ذوي القربى مصرفاً غير أن الخلفاء لم يعطوهم اختياراً منهم لغيرهم في الصرف والمذهب خلافه، لأنه لو كان الغني مصرفاً صح الصرف إليه، وأجزأ لأن المصرف من حيث إذا صرف إليه سقط الواجب به وليس غني ذوي القربى عندهم كذلك. هذا وأما أنه يكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لأن كونهم مصارف كان للنصرة فلما في أبي داود وغيره بسنده إلى سعيد بن

. . . .

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٢٩٧٩ من حديث جبير بن مطعم وإسناده جيد رجاله كلهم ثقات وسيأتي مستوفياً
تنبيه: وأما الموقوف على عمر، فهو غريب لذا أعرض عنه الزيلعي، وكذا المصنف، وذكرا حديث جبير بن مطعم
(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٢٩٨٤ بهذا اللفظ من حديث علي.
قال المنذري في مختصره ٢٨٦٤: في إسناده حسين بن ميمون قال أبو حاتم: ليس بقوي الحديث.
وقال المديني: ليس بمعروف. وذكره البخاري في تاريخه الكبير بهذا الحديث وقال: لم يتابع عليه.
ونقله الزيلعي في نصب الراية ٣/٤٢٨ عن المنذري.
(٣) ذكره في نصب الراية ٣/٤٢٨.
(٤) المراد أبو بكر وعمر. والراشدين. بالتنبيه.

مثل درع أو سيف أو جارية. وقال الشافعي: يصرف سهم الرسول إلى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه **(وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي ﷺ بالنصرة)** لما روينا. قال: **(وبعده بالفقر)** قال العبد الضعيف عصمه الله: هذا

المسيب قال: أخبرني جبير بن مطعم قال: «فلما كان يوم خيبر وضع رسول الله ﷺ سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس، فانطلقت أنا وعثمان بن عفان رضي الله عنه حتى أتينا رسول الله ﷺ فقلنا: يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله فيهم، فما بال إخواننا بني المطلب أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة؟ فقال عليه الصلاة والسلام: إنا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا إسلام، وإنما نحن وهم شيء واحد، وشبك بين أصابعه»[1] أشار بهذا إلى نصرتهم إياه نصرة المؤانسة والموافقة في الجاهلية، فإنه ليس إذ ذاك نصر قتال فهو يشير إلى دخولهم معه في الشعب حين تعاقدت قريش على هجران بني هاشم وأن لا يبايعوهم ولا يناكحوهم، والقصة في السيرة شهيرة. وعن هذا استحقت ذراريهم مع أنهم لا يتأتى منهم قتال. وشرح قوله قرابتنا واحدة أنه عليه الصلاة والسلام محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف وهذا الجد، أعني عبد مناف له أولاد هاشم الذي من ذريته النبي ﷺ والمطلب ونوفل وعبد شمس، فكان قرابة كل من نوفل وبني عبد شمس والمطلب منه عليه الصلاة والسلام واحدة، فمقتضى استحقاق ذوي القربى أن يستحق الكل على قول الشافعي أو يكون فقراء الكل مصارف على قولنا، فبين عليه الصلاة والسلام أن المراد القرابة التي تحقق منها تلك النصرة السابقة، ومنع الراشدَيْن[2] لهم ليس بناء على علمهم بعدم الاستحقاق بل إنهم مصارف ورأوا غيرهم أولى منهم على ما ذكرنا قوله: **(فأما ذكر الله تعالى الخ)** لما فرغ من بيان ذوي القربى شرع يبين حال سهم الله وسهم الرسول، فذكر أن سهمه وسهم رسوله واحد، فإنه ليس المراد من قوله تعالى **﴿فأن لله خمسه وللرسول﴾** [الأنفال ٤١] ولكذا وكذا أن له سبحانه سهما كما لكل من الأصناف سهم، بل ذكر الله تعالى في افتتاح الكلام ليتبرّك به بذكر اسمه تعالى فإن **﴿ولله ما في السموات وما في الأرض﴾** [النجم ٣١] فسهم الله تعالى ورسوله واحد. وقال أبو العالية: سهم الله ثابت يصرف إلى بناء بيته الكعبة إن كانت قريبة، وإلا فإلى مسجد كل بلدة ثبت فيها الخمس. ودفعه بأن السلف فسروه بما ذكر، فإن هذا التفسير روي عن ابن عباس رضي الله عنه. رواه الطبري في تفسيره عن أبي كريب: حدثنا أحمد بن يونس، حدثنا ابن شهاب عن ورقاء عن نهشل عن الضحاك عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قرأ **﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾** [الأنفال ٤١] ثم قال: فأن لله خمسه مفتاح الكلام **﴿لله ما في السموات وما في الأرض﴾**[3] وكذا روى الحاكم عن الحسن بن محمد بن عليّ ابن الحنفية فيه قال: هذا مفتاح كلام الله الدنيا والآخرة[4]، وفي غير حديث عن ابن عباس رضي الله عنهما «كان رسول الله ﷺ إذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فصرف ذلك الخمس في خمسة»[5]،

﴿فأن لله خمسه﴾ **(فإنه لافتتاح الكلام تبرّكاً بذكره، وسهم النبي ﷺ سقط بموته كما سقط الصفي)** بالإجماع **(لأنه ﷺ كان يستحقه برسالته)** لأن الحكم متى ترتب على المشق فيكون المشتق منه علة **(ولا رسول بعده. والصفيّ شيء كان يصطفيه لنفسه ﷺ مثل درع أو سيف أو جارية)** اصطفى ذا الفقار من غنائم بدر، واصطفى صفية من غنائم خيبر **(وقال الشافعي رضي الله عنه: (يصرف سهم رسول الله ﷺ إلى الخليفة، والحجة عليه ما قدمناه)** أنه كان يستحقه برسالته **(وسهم ذوي القربى كانوا**

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٥٠٢ و ٤٢٢٩ وأبو داود ٢٩٨٠ والنسائي ٧/١٣١ وابن ماجه ٢٨٨١ وأحمد ٤/ ٨١. ٨٣. ٨٥ والبيهقي ٦/٣٤١ كلهم من حديث جبير بن مطعم. واللفظ لأبي داود. وليس في البخاري: وشبّك بين أصابعه.

(٢) المراد أبو بكر وعمر.

(٣) موقوف واهٍ. أخرجه الطبري في تفسير سورة الأنفال كما في نصب الراية ٣/ ٤٢٦ بسند واهٍ عن ابن عباس موقوفاً.

(٤) مقطوع. أخرجه الحاكم في المستدرك ٢/ ١٢٨ بسنده عن الحسن بن محمد ابن الحنفية، وهو تابعي فهو مقطوع.

(٥) هو بعض أثر ابن عباس المتقدم ساقه الزيلعي بتمامه، واختصره المصنف.

الذي ذكره قول الكرخي. وقال الطحاوي: سهم الفقير منهم ساقط أيضاً لما روينا من الإجماع. ولأن فيه معنى الصدقة نظراً إلى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة. وجه الأول وقيل هو الأصح ما روي أن عمر رضى الله عنه أعطى الفقراء منهم، والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء، أما فقراؤهم فيدخلون في الأصناف الثلاثة **(وإذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير إذن الإمام فأخذوا شيئاً لم يخمس)** لأن الغنيمة هو المأخوذ قهراً وغلبة لا اختلاساً وسرقة

فعلى قول هذا القائل تكون في ستة قوله: **(وسهم النبي ﷺ سقط بموته كما سقط الصفي لأنه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده، والصفي شيء كان يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أو سيف أو جارية)** قبل القسمة وإخراج الخمس كما اصطفى ذا الفقار وهو سيف منبه بن الحجاج حين أتى به عليّ رضي الله عنه بعد أن قتل منبهاً ثم دفعه إليه، وكما اصطفى صفية بنت حيي بن أخطب من غنيمة خيبر(١). رواه أبو داود في سننه عن عائشة والحاكم وصححه وقال الشافعي رحمه الله: **(يصرف سهم الرسول ﷺ إلى الخليفة)** لأنه إنما كان يستحقه بإمامته لا برسالته. قال المصنف **(والحجة عليه ما قدمناه)** أي من أن الخلفاء الراشدين إنما قسموا الخمس على ثلاثة، فلو كان كما ذكر لقسموه على أربعة ورفعوا سهمه لأنفسهم، ولم ينقل ذلك عن أحد، وأيضاً فهو حكم علق بمشتق وهو الرسول فيكون مبدأ الاشتقاق علة وهو الرسالة. وأما قول المصنف وسهم ذوي القربى الخ فقد تقدم ما يغنى فيه. وقوله: **(كانوا يستحقونه في زمن النبي ﷺ بالنصرة لما روينا)** يعني ما تقدم من حديث جبير بن مطعم(٢) **(وبعده بالفقر)** لا يخفى ضعفه فإن قوله تعالى ﴿ولذي القربى﴾ [الأنفال ٤١] إما أن يراد به القربى المختصة بتلك المرافقة في الضيق والمؤانسة فيه فتكون المصارف مطلقاً في الحياة وبعد الممات، وإما الفقراء منهم فهم المصارف كذلك: أي في حياته وبعد مماته، فليس الوجه فيه إلا ما قدمناه من أنه أريد أن القرابة الناصرة مصارف كذلك: أي في حياته وبعد مماته، فليس الوجه إلا ما قدمناه من أنه أريد أن القرابة الناصرة مصارف كغيرهم، غير أنه عليه الصلاة والسلام أعطاهم اختياراً لأحد الحائزين له، لا أن الصرف إليهم كان واجباً عليه، كما أنه يجوز أن يقتصر على مصرف دون مصرف، ثم رأى الخلفاء الراشدين الصرف إلى غيرهم. وأما فقراؤهم فالأولى أن يعطوا لما قدمناه وما هو الحق في التقرير، وإنما قال: **(وقيل هو الصحيح)** أي قول الكرخي لأن من المشايخ كشمس الأئمة من يرجح قول الطحاوي عليه، غير أن توجيهه بأن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم فيه ما تقدم. وقوله: **(والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء)** يريد إجماع الخلفاء الراشدين وإلا فهو محل النزاع إلى اليوم من العلماء قوله: **(وإذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين الخ)** جمعه

يستحقونه في زمن النبي ﷺ بالنصرة لما روينا) أن النبي ﷺ أعطاهم للنصرة. لا يقال: قوله وسهم ذوي القربى وقع مكرراً حكماً وتعليلا. لأنا نقول: ما ذكره أوّلا كان في حيز الاستدلال على القسمة على ثلاثة أسهم، وهذا نقل لكلام صاحب القدوري. قال: أي القدوري **(وبعده)** أي بعد زمنه عليه الصلاة والسلام **(بالفقر)** قال المصنف: **(وهذا)** أي استحقاقهم بالفقر قول الكرخي: **(وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط أيضاً لما روينا من الإجماع)** يعني قوله: ولنا أن الخلفاء الأربعة الراشدين رضي الله عنهم قسموه على ثلاثة، ولا يظن بهم أنه خفي عليهم النص أو منعوا حق ذوي القربى فكان إجماعهم دالاً على أنه لم يبق استحقاق لأغنيائهم وفقرائهم. ومنع الشافعي رضي الله عنه الإجماع، وسنده ما روي عن أبي جعفر محمد بن عليّ رضي الله عنهم قال: كان رأي علي في الخمس رأى أهل بيته، ولكن كره أن يخالف أبا بكر وعمر رضي الله عنهما والإجماع بدون أهل البيت لا ينعقد. وقلنا: لا يحل للمجتهد أن يترك رأي نفسه برأي مجتهد آخر احتشاماً له، فإن ثبت ما روي دل أنه كره المخالفة لأنه رأى الحجة معهما فقد خالفهما في كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده قوله: **(ولأن فيه)** أي في سهم ذوي القربى **(معنى الصدقة)**

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٢٩٩٤ والحاكم ٢/ ١٢٨ كلاهما من حديث عائشة ورجال إسناده ثقات لذا صححه الحاكم على شرطهما، وأقره الذهبي، وهو كما قالا، وله شواهد في الصحيح.

(٢) تقدم تخريجه قبل بضعة أحاديث.

والخمس وظيفتها، ولو دخل الواحد أو الاثنان بإذن الإمام ففيه روايتان، والمشهور أنه يخمس لأنه لما أذن لهم الإمام فقد التزم نصرتهم بالإمداد فصار كالمنعة (فإن دخلت جماعة لها منعة فأخذوا شيئاً خمس وإن لم يأذن لهم الإمام) لأنه مأخوذ قهراً وغلبة فكان غنيمة، ولأنه يجب على الإمام أن ينصرهم إذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين، بخلاف الواحد والاثنين لأنه لا يجب عليه نصرتهم.

نظراً إلى قوله فأخذوا. ولا يخفى أن الكلام أيضاً في قوله فأخذوا ويمكن كونه تنبيهاً على أن الثلاثة أيضاً مراد أي إذا دخل واحد أو اثنان أو ثلاثة بغير إذن الإمام (فأخذوا شيئاً لم يخمس) وقد صرح بأن الثلاثة كالواحد، وأما الأربعة فيخمس. وفي المحيط عن أبي يوسف: أنه قدر الجماعة التي لا معنى لها بسبعة، والتي لها منعة بعشرة، ومذهب الشافعي ومالك وأكثر أهل العلم أنه يخمس ما أخذه الواحد تلصصاً لأنه مال حربي أخذ قهراً فكان غنيمة فيخمس بالنص، ونحن وأحمد رحمه الله في رواية عنه نمنع أنه يسمى غنيمة، بل الغنيمة ما أخذ قهراً وغلبة لا اختلاساً وسرقة، إذ المتلصص إنما يأخذ بحيلة فكان هذا اكتساباً مباحاً من المباحات كالاحتطاب والاصطياد، ومحل الخمس ما هو الغنيمة بالنص، بخلاف ما قاسوا عليه من الواحد والاثنين إذا دخلا بإذن الإمام لأن على الإمام أن ينصرهم حيث أذن لهم، كما عليه أن ينصر الجماعة الذين لهم منعة كالأربعة أو العشرة إذا دخلوا بغير إذنه تحامياً عن توهين المسلمين والدين فلم يكونوا مع نصرة الإمام متلصصين، وكان المأخوذ قهراً غنيمة، وخذله خذلاناً إذا ترك نصره وأسلمه.

لأن الهاشمي الذي يصرف إليه فقير، إذ لو لم يكن فقيراً لا يجوز صرفه إليه بعد النبيّ ﷺ باتفاق الروايات عن أصحابنا، فلما كان فيه معنى الصدقة حرم ذوو القربى إياه كما حرم الهاشمي العامل على الصدقة العمالة وهو ما يعطى على عمله، وقد مرّ في باب الزكاة، وهذا الدليل إن كان بالنسبة إلى أصحابنا فهو تام، وإن كان بالنسبة إلى الشافعي رضي الله عنه فليس بذاك، لأن كون المصرف فقيراً ليس إلا في حيز النزاع عنده فإنه يسوي بين الغنيّ والفقير (وجه الأول) يعني قول الكرخي، وقيل: (هو الأصح ما روي أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم، والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء) يعني إجماع الخلفاء الأربعة الراشدين كما مر (أما فقراؤهم فيدخلون الأصناف الثلاثة) كما تقدم في أول البحث، وكرر هذه الزيادة للإيضاح، وإنما قال: وقيل هو الأصح لأن صاحب المبسوط اختار قول أبي بكر الرازي أن الفقراء لم يكونوا مستحقين، وإنما كان رسول الله ﷺ يصرف إليهم مجازاة على النصرة التي كانت منهم، ولم يبق ذلك بعد رسول الله ﷺ، وهو مختار القدوري كما أشار إليه قوله: وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي ﷺ بالنصرة. وقوله: (وإذا دخل الواحد أو الاثنان) ظاهر، وقوله: (والمشهور أنه يخمس) ظاهر. ووجه الرواية الأخرى أن العدد اليسير إنما يدخلون لاكتساب المال لا لإعزاز الدين، فصار كتاجر لا يقدر على القهر والغلبة. فإن قلت: قوله تعالى ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء﴾ مطلق فيجب الخمس وجد الإذن أو لم يوجد. أجيب بأن الغنيمة اسم لما هو المأخوذ قهراً وغلبة وما أخذه اللص سرقة وما أخذه الواحد والاثنان خلسة فلا يدخل تحت الغنيمة. وقوله: (وإن دخل جماعة لها منعة) المنعة السرية. نقل الناطفي عن كتاب الخراج لابن شجاع: كان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول: إذا دخل الرجل وحده فغنم ولا عسكر في أرض الحرب للمسلمين لا يخمس ما أخذه حتى يصيروا تسعة، فإذا بلغوا ذلك فهم سرية قوله: (إذ لو خذلهم) أي ترك عونهم (كان فيه وهن المسلمين) أي ضعفهم.

فصل في التنفيل

قال: (ولا بأس بأن ينفل الإمام في حال القتال ويحرض به على القتال فيقول «من قتل قتيلاً فله سلبه» ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس) معناه بعد ما رفع الخمس لأن التحريض مندوب إليه، قال الله تعالى ﴿يا أيها

فصل في التنفيل

نوع من القسمة فألحقه بها، وقدم تلك القسمة لأنها بضابط وهذا بلا ضابط لأنه إلى رأي الإمام بأن ينفل قليلاً وكثيراً ونحوهما. والتنفيل إعطاء الإمام الفارس فوق سهمه وهو من النفل وهو الزائد ومنه النافلة للزائد على الفرض، ويقال لولد الولد كذلك أيضاً، ويقال نفله تنفيلاً ونفله بالتخفيف نفلاً لغتان فصيحتان قوله: (ولا بأس بأن ينفل الإمام) أي يستحب أن ينفل نص عليه في المبسوط، وسيذكر المصنف أنه تحريض والتحريض مندوب إليه، وبه يتأكد ما سلف بأن قول من قال لفظ لا بأس إنما يقال لما تركه أولى ليس على عمومه. واعلم أن التحريض واجب للنص المذكور، لكنه لا ينحصر في التنفيل ليكون التنفيل واجباً بل يكون بغيره أيضاً من الموعظة الحسنة والترغيب فيما عند الله تعالى، فإذا كان التنفيل أحد خصال التحريض كان التنفيل واجباً مخيراً، ثم إذا كان هو أدعى الخصال إلى المقصود يكون إسقاط الواجب به دون غيره مما يسقط به أولى وهو المندوب فصار المندوب اختيار الإسقاط به دون غيره لا هو في نفسه بل هو واجب مخير. وأما ما قيل في التنفيل ترجيح البعض وتوهين الآخرين وتوهين المسلم حرام فليس بشيء، وإلا حرم التنفيل لاستلزامه محرماً، وإنما قيد بقوله حال القتال لأن التنفيل إنما يجوز عندنا قبل الإصابة سواء كان بسلب المقتول أو غيره. ويشكل عليه قوله عليه الصلاة والسلام «من قتل قتيلاً»[1] فإنما كان بعد فراغ الحرب في حنين قوله: (فيقول من قتل قتيلاً فله سلبه) أو من أصاب شيئاً فهو له (أو يقول للسرية قد جعلت لكم) النصف أو (الربع بعد الخمس) أي بعد رفع الخمس. أما لو قال للعسكر كل ما أخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس أو للسرية لم يجز لأن فيه إبطال السهمان التي أوجبها الشرع إذ فيه تسوية الفارس بالراجل، وكذا لو قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس

فصل في التنفيل

التنفيل نوع من التصرف في الغنائم، ففصل عما قبله بفصل، يقال نفل الإمام الغازي: أي أعطاه زائداً على سهمه بقوله «من قتل قتيلاً فله سلبه» قوله: (لا بأس بأن ينفل الإمام) يدل على أن قول من قال كلمة لا بأس تستعمل فيما يكون تركه أولى ليس بمجرى على عمومه، فإن التنفيل قبل إحراز الغنيمة مستحب لأنه تحريض والتحريض مندوب إليه بقوله تعالى ﴿يا أيها النبيّ حرّض المؤمنين على القتال﴾ فإن قيل: الأمر المطلق للوجوب فما الصارف عنه إلى الاستحباب؟ فالجواب أنه يعارضه دليل قسمة الغنائم فانصرف إلى الاستحباب قوله: (من قتل قتيلاً) تسمية الشيء باسم ما يئول إليه قوله: (ثم قد يكون التنفيل بما ذكر) يعني التنفيل بالسلب (وقد يكون بغيره) نحو الذهب والفضة لأن النبيّ ﷺ نفل ابن مسعود يوم بدر بسيف أبي جهل وكان عليه فضة (ولا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ لأن فيه إبطال حق الكل، وإن فعله مع السرية جاز) لما ذكر في السير الكبير: إذا قال الإمام للعسكر جميعاً ما أصبتم فهو لكم نفلاً بالسوية بعد الخمس لا يجوز، لأن المقصود من التنفيل التحريض على القتال، وإنما يحصل ذلك إذا خص البعض بالتنفيل، وكذلك إذا قال ما أصبتم فهو لكم، ولم يقل بعد الخمس لأن فيه إبطال الخمس الذي

فصل في التنفيل

قال المصنف: (فيقول من قتل قتيلاً الخ) أقول: الفاء للتفسير.

---

(١) سيأتي بعد قليل. وهو متفق عليه.

النبي حرّض المؤمنين على القتال﴾ وهذا نوع تحريض، ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره، إلا أنه لا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ لأن فيه إبطال حق الكل، فإن فعله مع السرية جاز لأن التصرف إليه وقد تكون المصلحة فيه **(ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام)** لأن حق الغير قد تأكد فيه بالإحراز. قال: **(إلا من الخمس)** لأن الحق للغانمين في الخمس **(وإذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء)** وقال الشافعي:

لأن فيه إبطال الخمس الثابت بالنص. ذكره في السير الكبير، وهذا بعينه يبطل ما ذكرناه من قوله من أصاب شيئاً فهو له لاتحاد اللازم فيهما، وهو بطلان السهمان المنصوصة بالسوية، بل وزيادة حرمان من لم يصب شيئاً أصلاً بانتهائه فهو أولى بالبطلان، والفرع المذكور من الحواشي، وبه أيضاً ينتفي ما ذكر من قوله إنه لو نفل بجميع المأخوذ جاز إذا رأى المصلحة فيه، وفيه زيادة إيحاش الباقين وزيادة الفتنة، ولا ينفل بجميع المأخوذ لأن فيه قطع حق الباقين، ومع هذا لو فعل جاز إذا رأى المصلحة فيه. ثم محل التنفيل الأربعة الأخماس قبل الإحراز بدار الإسلام، وبعد الإحراز لا يصح إلا من الخمس، وبه قال أحمد. وعند مالك والشافعي رحمهم الله لا يصح إلا من الخمس لأنه المفوض إلى رأس الإمام وما بقي للغانمين، قلنا: إنما هي حقهم بعد الاصابة، أما قبلها فهو مال الكفار، وفيه نظر لأن حقيقة التنفيل إنما هو مما يصاب لا حال كونه ما لهم فإن حقيقته تعليق التمليك بالإصابة، وعند الإصابة لم يبق مال الكفرة. نعم حق الغانمين فيه ضعيف ما دام في دار الحرب، بخلافه بعده، وعلى هذا لو كان القتال وقع في دار الإسلام بأن هجمها العدو ليس له أن ينفل إلا من الخمس لأنه بمجرد الإصابة محرزاً بدار الإسلام قوله: **(لأنه لا حق للغانمين في الخمس)**. أورد عليه أنه إن لم يكن حقاً لهم فهو للأصناف الثلاثة، فكما لا يجوز إبطال حق الغانمين كذا لا يجوز إبطال حق غيرهم. أجيب إنما يجوز باعتبار جعل المنفل له من أحد الأصناف الثلاثة، وصرف الخمس إلى واحد من الأصناف يكف لما قدمنا أنهم مصارف، ولهذا قال في الذخيرة: لا ينبغي للإمام أن يضعه في الغنى ويجعل نفلاً له بعد الإصابة لأن الخمس حق المحتاجين لا الأغنياء، فجعله للأغنياء إبطال حقهم قوله: **(وإذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنمة والقاتل وغيره سواء)** وهو قول مالك وقال الشافعي: **(السلب للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له)** وبه قال أحمد، إلا أنه قال: إذا كان من أهل السهم أو الرضخ وشرط الشافعي الأول قولاً واحداً. وله فيمن يرضخ له قولان: أحدهما كقول أحمد، والثاني لا سلب له. وشرطاً أن يقتله مقبلاً لا مدبراً، وأن لا يرمي سهماً إلى صف المشركين فيصيب واحداً فيقتله لأن ذلك ليس غناء كثيراً، إذ كل أحد لا يعجز عنه. واستدل عليه بما روى الجماعة إلا النسائي من حديث أبي قتادة: خرجنا مع رسول الله ﷺ إلى حنين فساقه إلى أن قال: فقال عليه الصلاة والسلام «من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه»، قال: فقمت فقلت من يشهد لي ثم جلست، ثم قال مثل ذلك في الثانية، فقمت فقال رسول الله ﷺ: مالك يا أبا قتادة فاقتصصت عليه القصة: يعني قصة قتله للقتيل، فقال رجل من القوم: صدق يا رسول الله وسلب ذلك القتيل عندي فأرضه من حقه، فقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه: لاها الله إذن لا يعمد إلى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن الله وعن رسوله فيعطيك سلبه، قال عليه الصلاة والسلام: صدق فأعطه إياه، قال فأعطانيه»[1] وأخرج أبو داود في سننه عن

أوجبه الله تعالى في الغنيمة وإبطال حق ضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز. وقوله: **(لأنه لا حق للغانمين في الخمس)** فيه نظر، فإنه إن لم يكن فيه إبطال حق الغانمين ففيه إبطال حق الأصناف الثلاثة وذلك لا يجوز. وأجيب بأن جوازه باعتبار أن المنفل له جعل واحداً من الأصناف الثلاثة فلم يكن ثمة إبطال حقهم إذ يجوز صرف الخمس على أحد الأصناف لما تقدم أنهم مصارف لا مستحقون، لكن ينبغي أن يكون المنفل له الذي جعل واحداً من الأصناف الثلاثة فقيراً لأن الخمس حق المحتاجين لا حق الأغنياء

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢١٠٠ و ٣١٤٢ وعلقه برقم ٤٣٢٢ ووصله ٧١٧٠ ومسلم ١٧٥١ من وجوه وأبو داود ٢٧١٧ والترمذي ١٥٦٢ وابن ماجه ٢٨٣٧ وابن الجارود ١٠٧٦ وسعيد بن منصور ٢٦٩٦ ومالك ٢/ ٤٥٤ ـ ٤٥٥ وعبد الرزاق ٩٤٧٦ وأحمد ٥/ ٢٩٥ ـ ٣٠٥ وابن حبان ٤٨٠٥ و ٤٨٣٧ والبغوي ٢٧٢٤ والبيهقي ٦/ ٣٠٦ من طرق كلهم من حديث أبي قتادة. رووه مطولاً ومختصراً.

السلب للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له وقد قتله مقبلاً لقوله عليه الصلاة والسلام «من قتل قتيلاً فله سلبه» والظاهر أنه نصب شرع لأنه بعثه له، ولأن القاتل مقبلاً أكثر غناء فيختص بسلبه إظهاراً للتفاوت بينه وبين غيره. ولنا أنه مأخوذ بقوة الجيش فكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص. وقال عليه الصلاة والسلام لحبيب بن أبي سلمة «ليس

أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ قال يوم حنين «من قتل كافراً فله سلبه» فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلاً وأخذ أسلابهم[1]. ورواه ابن حبان والحاكم وقال: صحيح على شرط مسلم، ولا خلاف في أنه عليه الصلاة والسلام قال ذلك، وإنما الكلام أن هذا منه نصب الشرع على العموم في الأوقات والأحوال، أو كان تحريضاً قاله في تلك الوقعة وغيرها يخصهما؛ فعنده (هو نصب الشرع) لأنه هو الأقل في قوله: (لأنه إنما بعث لذلك) وقلنا: كونه تنفيلاً هو أيضاً من نصب الشرع والدلالة على أنه على الخصوص، واستدل المصنف على ذلك (بأنه عليه الصلاة والسلام قال الحبيب بن أبي سلمة: «ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طلبت به نفس إمامك»)[2] فكان دليلاً على أحد محتملي قوله «ومن قتل قتيلاً فله سلبه»[3] وهو أنه تنفيل في تلك الغزاة لانصاب عام للشرع، وهو حسن لو صح الحديث أو حسن، لكنه إنما رواه الطبراني في معجمه الكبير والوسط: بلغ حبيب بن مسلمة أن صاحب قبرص خرج يريد طريق أذربيجان ومعه زمرد وياقوت ولؤلؤ وغيرها فخرج إليه فقتله، فجاء بما معه، فأراد أبو عبيدة أن يخمسه فقال له حبيب بن مسلمة: لا تحرمني رزقاً رزقنيه الله، فإن رسول الله ﷺ جعل السلب للقاتل، فقال معاذ: يا حبيب إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إنما للمرء ما طابت به نفس إمامه»[4]. وهذا معلول بعمرو بن واقد. ورواه إسحاق بن راهويه: حدثنا بقية بن الوليد، حدثني رجل غن مكحول عن جنادة بن أمية قال: كنا معسكرين بدابق فذكر لحبيب بن مسلمة الفهري إلى أن قال: فجاء بسلبه يحتمله على خمسة أبغال من الديباج والياقوت والزبرجد، فأراد حبيب أن يأخذه كله وأبو عبيدة يقول بعضه، فقال حبيب لأبي عبيدة: قد قال رسول الله ﷺ «من قتل قتيلاً فله سلبه» قال أبو عبيدة: إنه لم يقل ذلك للأبد، وسمع معاذ فأتى عبيدة وحبيب يخاصمه، فقال معاذ: ألا تتقي الله وتأخذ ما طابت به نفس إمامك، فإنما لك ما طابت به نفس إمامك، وحدثهم بذلك معاذ عن النبيّ ﷺ، فاجتمع رأيهم على ذلك فأعطوه بعض الخمس، فباعه حبيب بألف دينار[5]. وفيه كما ترى مجهول. ويخص المصنف أنه جعله خطاب رسول الله ﷺ لحبيب وليس كذلك، وسماه حبيب بن أبي سلمة وصوابه حبيب بن مسلمة، ولكن قد لا يضر ضعفه، فإنا إنما نستأنس به لأحد محتملي لفظ روى عنه عليه الصلاة والسلام، وقد يتأيد بما في البخاري ومسلم من حديث عبد الرحمن بن عوف في مقتل أبي جهل

فجعله للغني إبطال حق المحتاجين وقوله: (وقال الشافعي رضي الله عنه) ظاهر. وقوله: (وما رواه يحتمل نصب الشر ويحتمل التنفيل) قيل وهو الظاهر لأن مثل ذلك إنما يكون نصب الشرع إذا قال بالمدينة في مسجده ولم ينقل عنه ذلك إلا يوم بدر وحنين للحاجة إلى التحريض، وكما قال ذلك يوم بدر فقد قال «من أخذ أسيراً فهو له» ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك في

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٢٧١٨ والطيالسي ٢٠٧٩ وابن أبي شيبة ١٤/ ٥٢٤ . ٥٣٠ وأحمد ٣/ ١١٤ . ١٩٠ . ٢٧٩ والطحاوي في المعاني ٣/ ٢٢٧ وابن حبان ٤٨٣٦ و ٤٨٣٨ والحاكم ٣/ ٥٣ والبيهقي ٦/ ٣٠٦ من طرق كلهم من حديث أنس بن مالك. وله قصة. وأصله في مسلم ١٨٠٩. والحديث رجاله كلهم ثقات رجال مسلم، وقد صححه الحاكم على شرط مسلم، ووافقه الذهبي، وهو كما قالا.

(٢) هو الآتي بعد حديث.

(٣) هو بعض حديث أبي قتادة تقدم قبل حديثين.

(٤) ضعيف. أخرجه الطبراني في الكبير والأوسط كما في المجمع ٥/ ٣٣١ بهذا اللفظ من حديث جنادة بن أبي أمية به.
وقال الهيثمي: فيه عمرو بن واقد، وهو متروك اهـ ورواه إسحق في مسنده كما في نصب الراية ٣/ ٤٣١ عن جنادة بن أبي أمية فذكر الخبر الآتي.
وقال الزيلعي: وذكره البيهقي في المعرفة، ثم قال: هو منقطع بين مكحول، ومن فوقه وراويه عن مكحول مجهول، وهذا إسناد لا يحتجُّ به اهـ وأقره الزيلعي.
قلت: وفيه بقية بن الوليد يروي عن مجاهيل لذا لم يسمّ شيخه.

(٥) تقدم في الذي قبله.

لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك» وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما

يوم بدر، فإن فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال لمعاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء بعد ما رأى سيفهما: «كلا كما قتله، ثم قضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح وحده»[١] ولو كان مستحقاً للقاتل لقضى به لهما، إلا أن البيهقي دفعه بأن غنيمة بدر كانت للنبيّ ﷺ بنص الكتاب يعطي منها من شاء، وقد قسم لجماعة لم يحضروا، ثم نزلت آية الغنيمة بعد بدر فقضى عليه الصلاة والسلام للقاتل واستقرّ الأمر على ذلك انتهى[٢]. يعني ما كان إذ ذاك قال السلب للقاتل حتى يصح الاستدلال، وقد يدّعي أنه قال في بدر أيضاً على ما أخرجه ابن مردويه في تفسيره من طريق فيه الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس، وعن عطاء بن عجلان عن عكرمة عن ابن عباس قال: قال عليه الصلاة والسلام يوم بدر «من قتل قتيلاً فله سلبه» فجاء أبو اليسر بأسيرين، فقال سعد بن عبادة: أي رسول الله، أما والله ما كان بنا جبن عن العدو ولا ضنّ بالحياة أن نصنع ما صنع إخواننا ولكنا رأيناك قد أفردت فكرهنا أن ندعك بمضيعة، قال: فأمرهم رسول الله ﷺ أن يوزعوا تلك الغنائم بينهم[٣]، فظهر أنه حيث قاله ليس نصب الشرع للأبد. وهو وإن ضعف سنده فقد ثبت أنه قال يوم بدر: من قتل قتيلاً فله كذا وكذا[٤]. في أبي داود ولا شك أنه لم يقل بلفظ كذا وكذا، وإنما هو كناية من الراوي عن خصوص ما قاله. وقد علمنا أنه لم يكن عني دراهم أو دنانير، فإن الحال بذلك غير معتاد، ولا الحال يقتضي ذاك لقلتها أو عدمها، فيغلب على الظن أن ذلك المكنى عنه الراوي هو السلب، وما أخذ لأنه المعتاد أن يحصل في الحرب للقاتل، وليس كل ما روي بطريق ضعيفة باطلاً فيقع الظن بصحة جعله في بدر السلب للقاتل والمأخوذ للآخذ فيجب قبوله، غاية الأمر أنه تظافرت به أحاديث ضعيفة على ما يفيد أن المذكور من قوله «من قتل قتيلاً فله سلبه»[٥] أنه ليس نصباً عاماً مستمراً، والضعيف إذا تعددت طرقه يرتقي إلى الحسن فيغلب الظن أنه تنفيل في تلك الوقائع. ومما يبين ذلك بقية حديث أبي داود فإنه قال بعد قوله كذا وكذا فتقدم الفتيان ولزم المشيخة الرايات، فلما فتح الله عليهم قال المشيخة: كنا ردءاً لكم، لو انهزمتم فئتم إلينا فلا تذهبوا بالمغنم ونبقى، فأبى الفتيان ذلك وقالوا: جعله

السلب (فيحمل على الثاني) يعني على التنفيل (لما روينا) من حديث حبيب بن أبي سلمة دفعاً للتعارض. وقوله: (وزيادة الغناء) جواب عن قوله لأن القاتل مقبلاً أكثر غناء قوله: (كما ذكرناه) إشارة إلى ما تقدم من قوله ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة، أو من قوله لأن الكرّ والفرّ من جنس واحد في فصل كيفية القسمة قوله: (لما مر من قبل) إشارة إلى ما ذكر في باب الغنائم وقسمتها بقوله ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة فلما لم يثبت الإحراز بدار الإسلام لم تثبت الناقلة فلا يثبت الاستيلاء، ولما لم يثبت

قال المصنف: (فنحمله على الثاني الخ) أقول: فيه بحث.

---

(١) صحيح. هو بعض حديث مصرع عدوّ الله أبي جهل وقد أخرجه البخاري ٣١٤١ و ٣٩٨٨ و ٣٩٦٤ ومسلم ١٧٥٢ وأحمد ١/ ١٩٢ . ١٩٣ وابن حبان ٤٨٤٠ والطحاوي ٣/ ٢٢٧ . ٢٢٨ والبيهقي ٦/ ٣٠٥ . ٣٠٦ من طرق كلهم من حديث عبد الرحمن بن عوف. مطولاً.

(٢) إلى هنا كلام البيهقي في المعرفة، ونقله الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٤٣٢.

قلت: وقد سبق البيهقيّ إلى هذا ابنُ حبان في عقب روايته للحديث فذكر هذا وأتم منه، ومما قاله: وأما حديث من قتل قتيلاً، فله سلبه، فكان يوم حنين اهـ باختصار.

(٣) ضعيف. رواه ابن مردويه في تفسيره في أول سورة الأنفال كما في نصب الراية ٣/ ٤٣٠ من حديث عكرمة عن ابن عباس.

وقال الزيلعي: لكنه طريق ضعيف اهـ.

قلت: الطريق الأول فيه الكلبي متهم بالكذب خصوصاً بروايته عن ابن عباس.

والطريق الثاني فيه عطاء بن عجلان هو الحنفي قال في التقريب عنه: متروك بل اتهمه يحيى، وغيره بالكذب

(٤) جيد. أخرجه أبو داود ٢٧٣٧ بهذا اللفظ وأتم وكرره ٢٧٣٨ و ٢٧٨٩ من حديث ابن عباس، وإسناده جيد رجاله رجال مسلم. وسيتم ابن الهمام لفظ الرواية الأولى.

(٥) هذا بعض حديث أبي قتادة يوم حنين رواه الشيخان، وغيرهما، وقد تقدم.

رسول الله ﷺ لنا[١] الحديث. فقوله جعله يبين أن كذا وكذا هو جعله السلب للقاتلين والمأخوذ للآخذين. وحديث مسلم وأبي داود عن عوف بن مالك الأشجعي دليل ظاهر أنه كما قلنا. قال: «خرجت مع زيد بن حارثة في غزوة مؤتة، ورافقني مدديّ من أهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس أشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل يفرى بالمسلمين، وقعد له المددي خلف صخرة فمرّ به الرومي فعرقب فرسه فخر فعلاه وقتله وحاز فرسه وسلاحه، فلما فتح الله على المسلمين بعث إليه خالد بن الوليد فأخذ منه سلب الرومي، قال عوف: فأتيت خالداً فقلت له: يا خالد أما علمت أن رسول الله ﷺ قضى بالسلب للقاتل، قال بلى، ولكني استكثرته، قلت: لتردّنه أو لأعرفنكما عند رسول الله ﷺ فأبى أن يعطيه. قال عوف: فاجتمعنا عند رسول الله ﷺ فقصصت عله قصة المدديّ وما فعل خالد، فقال عليه الصلاة والسلام: يا خالد ردّ عليه ما أخذت منه، قال عوف: فقلت دونك يا خالد ألم أف لك، فقال ﷺ: وما ذاك؟ قال فأخبرته، قال: فغضب رسول الله ﷺ وقال: يا خالد لا تردّ عليه، هل أنتم تاركو لي أمرائي لكم صفوة أمرهم وعليهم كدره»[٢] ففيه أمران: الأوّل ردّ قول من قال إنه عليه الصلاة والسلام لم يقل «من قتل قتيلاً فله سلبه»[٣] إلا في حنين، فإن مؤتة كانت قبل حنين، وقد اتفق عوف وخالد أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالسلب للقاتل قبل ذلك، والآخر أنه منع خالداً من رده بعد ما أمره به، فدل أن ذلك حيث قاله عليه الصلاة والسلام كان تنفيلاً وأن أمره إياه بذلك كان تنفيلاً طابت نفس الإمام له به، ولو كان شرعاً لازماً لم يمنعه من مستحقه. وقول الخطابي: إنما منعه أن يرد على عوف سلبه زجراً لعوف لئلا يتجرأ الناس على الأئمة وخالد كان مجتهداً، فأمضاه عليه الصلاة والسلام، واليسير من الضرر يتحمل للكثير من النفع[٤] غلط[٥]، وذلك لأن السلب لم يكن للذي تجرأ وهو عوف وإنما كان للمددي ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ [الأنعام ١٦٤] وغضب رسول الله ﷺ لذلك كان أشدّ على عوف من منع السلب وأزجر له منه. فالوجه أنه عليه الصلاة والسلام أحبّ أوّلاً أن يمضي شفاعته للمددي في التنفيل، فلما غضب منه رد شفاعته وذلك بمنع السلب لا أنه لغضبه وسياسته يزجره بمنع حق آخر لم يقع منه جناية. فهذا أيضاً يدل على أنه ليس شرعاً عاماً

الاستيلاء لم يثبت الملك. وقوله (لأن التنفيل يثبت به الملك عنده) دليله أن المدد لا يشاركونه فيها (كما يثبت بالقسمة في دار الحرب) وهو ليس بمتفق عليه لأن من أصحابنا من يقول قسمة الإمام لا تعدم المانع من تمام القهر وهو كونهم مقهورين دارا وكأنه لم يعتبر ذلك الاختلاف لعدم شهرته. وقوله: (ووجوب الضمان) مراع على الابتداء. وقوله: (قد قيل على هذا الاختلاف) خبره. وفي بعض النسخ: وقد قيل بالواو فيكون معطوفاً على قوله الملك: أي يثبت الملك ووجوب الضمان للمتنفل له على من أتلف من

قال المصنف: (ومركبه) أقول: بالرفع.

---

(١) هذا اللفظ تتمة لرواية أبي داود المتقدمة، وهو الرواية الأولى.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٧٥٣ من وجهين وأبو داود ٢٧١٩ و ٢٧٢٠ وسعيد بن منصور ٢/ ٣٠٤ وأحمد ٦/ ٢٧ ـ ٢٨ والطحاوي في المعاني ٣/ ٢٣١ والبيهقي ٦/ ٢١٠ والبغوي ٢٧٢٥ وابن حبان ٤٨٤٢ من طرق كلهم عن عوف بن مالك بهذا اللفظ.

والمددي: هو الرجل يمد الجيش فيما بعد أي بعد أن يرسل الجيش إلى مكان ما يسمع بذلك رجال، فيتبعونهم أن الخليفة يرسل جيشاً آخر، فهذا يسمّى مدداً.

(٣) قوله: فيه رد قول من قال... الخ.

قلت: القائل هو مالك في الموطأ ٢/ ٤٥٥ حيث قال: لم يبلغني أن رسول الله ﷺ قال... الحديث.

(٤) إلى هنا كلام الخطابي في معالم السنن نقله الزيلعي عنه في نصب الراية ٣/ ٤٣٢.

(٥) قوله: غلط... إلخ هذا رد ابن الهمام على الخطابي. فائدة: وذكر النووي في شرح مسلم ١٢/ ٦٤ نحو كلام الخطابي حيث قال: قد يشكل هذا الحديث من حيث أن القاتل قد استحق السلب وجوابه بوجهين.

أحدهما: لعله أعطاه بعد ذلك للقاتل وإنما أخّره تعزيراً له ولعوف بن مالك لكونهما أطلقا ألستهما في خالد وانتهكا حرمة الوالي، ومن ولأه.

الثاني: لعله استطاب قلب صاحبه فتركه صاحبه باختياره وجعله للمسلمين، وكان المقصود بذلك استطابة قلب خالد للمصلحة في إكرام الأمراء اهـ. كلام النووي والله تعالى أعلم.

تم بحمد الله ومنه وكرمه الجزء الخامس، ويليه السادس إن شاء الله تعالى.

رويناه. وزيادة الغناء لا تعتبر في جنس واحد كما ذكرناه (**والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه، وكذا ما كان على مركبه من السرج والآلة، وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته أو على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب**) وما كان مع غلامه على دابة أخرى فليس بسلب، ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين، فأما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مر من قبل، حتى ولو قال الإمام من أصاب جارية فهي له فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها، وكذا لا يبيعها. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: له أن يطأها ويبيعها، لأن التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي، ووجوب الضمان بالإتلاف قد قيل على هذا الاختلاف، والله أعلم.

لازماً. وقوله: (**وزيادة الغناء**) جواب عن تخصيصه بكونه يقتله مقبلاً فقال زيادة الغناء (**في الجنس الواحد لا تعتبر**) موجبة زيادة من المغتنم لمن قامت به. وقوله: (**كما ذكرناه**) يعني ما قدمه في أوّل فصل كيفية القسمة من أنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة بل نفس الزيادة لأنه يحتاج إلى شاهد بأن إغناء هذا في هذا الحرب أكثر من هذا، ولا يكفي زيادة شهرة هذا دون ذلك إذ لا بعد أن يتفق إغناء من غير المشهور في وقت أكثر من المشهور، أو يشير إلى قوله لأن الكرّ والفرّ من جنس واحد قوله: (**والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وما على مركبه من السرج والآلة وما معه على الدابة من مال في حقيبته وما على وسطه**) من ذهب وفضة (**وما**) سوى ذلك مما (**هو مع غلامه أو على دابة أخرى فليس منه**) بل حق الكل. والحقيبة الرفادة في مؤخر القتب، وكل شيء شددته في مؤخرة رحلك أو قتبك فقد استحقبته. وللشافعي في المنطقة والطوق والسوار والخاتم وما في وسطه من النفقة وحقيبته قولان: أحدهما ليس من السلب وبه قال أحمد، والآخر أنه من السلب وهو قولنا وعن أحمد في بردته روايتان قوله: (**ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين**) فقط (**وأما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مرّ من قبل**) أي في باب الغنائم من قوله ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة الخ (**حتى لو قال الإمام من أصاب جارية فهي له**) ومن أصاب شيئاً فهو له (**فأصابها مسلم فاستبرأها لا يحل له وطؤها**) في دار الحرب وقال محمد: (**له أن يطأها**) وهو قول الأئمة الثلاثة لأنه اختص بملكها بتنفيل الإمام فصار كالمختص بشرائها في دار الحرب أو بعد قسم الإمام الغنائم في دار الحرب مجتهداً حيث يحل وطؤها بالإجماع بعد الاستبراء بخلاف المتلصص إذا أخذ جارية في دار الحرب واستبرأها لا يحل له وطؤها بالاتفاق، لأنه ما اختص بملكها لأنه لو لحقه جيش المسلمين شاركوه فيها، ولهما أن سبب الملك في النفل ليس إلا القهر كما في الغنيمة، ولا يتم إلا بعد الإحراز بدار الإسلام لأنه ما دام في دار الحرب مقهور داراً وقاهر يداً فيكون السبب ثابتاً في حقه من وجه دون وجه، ولا أثر للتنفيل في إثبات القهر بل في قطع حق غيره، وأما الملك فإنما سببه ما هو السبب في كل الغنيمة وهو ما ذكرنا، بخلاف المشتراة لأن سبب الملك العقد والقبض بالتراضي لا القهر وقد تم، وعدم الحل للمتلصص لعدم تمام القهر أيضاً قبل الإحراز لا لما ذكر لأن لحوق الجيش موهوم فلا يعارض الحقيقة. واعلم أن كون الملك يتم بالقسمة في دار الحرب عند أبي حنيفة فيه خلاف. قيل نعم لأنه مجتهد فيه فيتم ملك من وقعت في سهمه فيطؤها بعد الاستبراء بالاتفاق كالمشتراة، وجعل الأظهر في المبسوط عدم الحل فلا يتم القياس عليه لمحمد إلا على أحد القولين. وقوله: (**ووجوب الضمان بالإتلاف**) ذكره لدفع شبهة ترد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأن محمداً ذكر في الزيادات أن المتلف لسلب نفله الإمام رجلاً يضمن ولم يذكر خلافاً فورد عليهما أن الضمان دليل تمام الملك فينبغي أن يحل الوطء عندكما أيضاً بعد الاستبراء فقال في جوابه بل هو على الخلاف فإنما يضمن عند محمد خلافاً لهما. وفي نسخة وقد قيل بالواو، والله الموفق.

الغزاة سلبه الذي أصابه، والأول أولى، وإنما ذكره دفعاً لشبهة ترد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وبيان ذلك أن محمداً ذكر في الزيادات أن المتلف لسلب من نفله الإمام يضمن لأنه الحق متأكد ولم يذكر فيه الخلاف، فورد الضمان شبهة عليهما لأن الضمان دليل تمام الملك فينبغي أن يحل الوطء على مذهبهما أيضاً بعد الاستبراء، فقال في دفع ذلك إنه أيضاً على الاختلاف عند محمد يضمن. وعندهما لا يضمن والله أعلم.

فهرس الجزء الخامس من شرح فتح القدير، للإمام ابن الهمام الحنفي

باب العتق على جعل ٣
باب التدبير ١٦
باب الاستيلاد ٢٧

كتاب الأيمان

باب ما يكون يميناً وما لا يكون يميناً ٦٢
فصل في الكفارة ٧٥
باب اليمين في الدخول والسكنى ٩١
باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك ١٠٢
باب اليمين في الأكل والشرب ١٠٩
باب اليمين في الكلام ١٣٣
فصل في يمين من حلف لا يكلم حيناً أو زماناً ١٤٤
باب اليمين في العتق والطلاق ١٥٠
باب اليمين في البيع والشراء والتزوج، وغير ذلك ١٦١
باب اليمين في الحج والصلاة والصوم ١٦٨
باب اليمين في الثياب والحلي وغير ذلك ١٧٥
باب اليمين في الضرب والقتل وغيره ١٧٩
باب اليمين في تقاضي الدراهم ١٨٤
مسائل متفرقة ١٨٧

كتاب الحدود

فصل في كيفية الحد وإقامته ٢١٠
باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه ٢٣٥
باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها ٢٦٥
باب حد الشرب ٢٨٥
باب حد القذف ٣٠٣
فصل في التعزير ٣٢٩

كتاب السرقة

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع ٣٥٠
فصل في الحرز والأخذ منه ٣٦٨
فصل في كيفية القطع وإثباته ٣٨٠

باب ما يحدث السارق في السرقة ٤٠٢
باب قطع الطريق ٤٠٦

كتاب السير

باب كيفية القتال ٤٢٨
باب الموادعة ومن يجوز أمانه ٤٤٠
فصل في الأمان ٤٤٩
باب الغنائم وقسمتها ٤٥٦
فصل في كيفية القسمة ٤٨٠
فصل في التنفيل ٥٠٠